S[A]TISFACCION,
QVE SE DA POR PARTE DE EL ESTADO
DE ALCALA,
A EL REPLICATO, O SEGVNDO INFORME,
QVE SE HA IMPRESSO POR PARTE DE EL
PRINCIPE
D. FRANCISCO PIO
DE SABOYA,
MARQVES DE CASTEL-RODRIGO,
EN EL PLEYTO
PENDIENTE EN LA REAL AVDIENCIA DE
ESTA CIVDAD,
SOBRE PRETENDER,
QVE DE LAS RENTAS, Y FRVTOS DEL ESTADO
DE ALCALA
SE LE PAGVEN LAS PORCIONES, QVE SE AGREGARON POR CAPITVLACIONES MATRIMONIALES
A LA CASA, Y MAYORAZGO DE
CASTEL-RODRIGO.

42

N. 1. NO SE JVZGò, NI PRESVMIò por parte del Eſtado de Alcalà, que deſpues de averſe hecho tan por menor, por el Memorial tan dilatado, formado por el Relator de eſte pleyto, la relacion de èl, y aver deſpues eſcrito en Derecho la Parte del Principe Pio de Saboya, Marquès de Caſtel-Rodrigo, tan de eſpacio, quanto le pareciò convenir para obtener en ſu pretenſion, lo que diò motivo â la del dicho Eſtado de Alcalà, â que ſus Abogados, en reſpueſta de el dicho Informe, manifeſtaſſen en otro, expreſſando los fundamentos juridicos para ſu defenſa: Era yà mas neceſſario, para que ſe paſſaſſe â la final determinacion de vn pleyto, que và yà caminando â vn ſiglo el principio, que tuvo, para que deſpues de tanto fluctuar llegaſſe â tener ſu vltimo complemento, acomodandoſe â eſte fin, lo que en la *epiſt. 53. ad fin. lib.* 10. dexò eſcrito Symach. ibi: *Vt fluctuanti cauſæ, tandem, ſtabilem terminum, Divino ore, ponatis.* Baſtando, y aun ſobrando lo referido, quando en Tribunal tan ſuperior, como el de eſta Real Audiencia, ſe principiò, y ſe ha eſtado litigando eſte pleyto, ſegun conſejo, que dà San Baſilio el Magno en la *epiſt. 67.* ibi: *Æquo Iudici ad veritatis declarationem ipſa rerum cognitio ſatis ſit. Itaque poteſtis vos ipſi, etiam ſi nos ſileamus, ea, quæ fiunt, obſervare.*

2. Pero viendo aora, que no contenta la Parte del Marquès de Caſtel-Rodrigo ha buelto à manifeſtar ſegundo Informe impreſſo, tomando por pretexto querer dàr ſatisfaccion, y objecionar â el primero del Eſtado de Alcalà; es yà preciſo bolver ſegunda vez à tomar la pluma para reſponderle, aunque en ello ſe violente, por no parecer, ni que jamàs ſe preſuma, que la fuerza de eſte replicato le dexò ſin alguna para no ſatisfacerle.

3. Lo qual ſe harà, ſiguiendo los miſmos paſſos, y puntos del Informe contrario, para que la ſatisfaccion correſponda en todo, y ſe proceda con la claridad poſsible.

4. Reduceſe el primer eſcrito de el Marquès, Principe Pio, â dividir en quatro puntos, ô articulos toda ſu pretenſion, que en nueſtro Informe antecedente, *num.* 3. ſe reco-

pilaron, ô apuntaron, donde â el *numer.* 4. ſiguiente ſe dixo, que procurarìa el Eſtado de Alcalà dàr entera ſatisfaccion â cada vno, fundádo eſta en diſpoſiciones de Derecho: Para lo qual, y que convinieſſen â el verdadero hecho del pleyto, pues de no ſer aſsi, nunca ſerian adaptables; fue preciſo deſde el *num.* 5. haſta finalizar el *num.* 15. ſacar la medùla, de quanto en el dilatado Memorial ſe contuvo, de todo lo ſubſtancial, y conducente à el eſtado, y progreſſo de el litigio; pues à no ſer aſsi, no era factible, ſin la dilacion de mucho tiempo, averſe de hazer capàz, en viſta de tanta dilatacion, y poder en eſta forma ſegregar lo preciſo, de lo neceſſario de vn Memorial tan abultado, cõpueſto de 103. fojas, executado tantos años ha, y añadido deſpues, de quanto deſde el principio de los autos haſta el eſtado preſente ha contenido ſu ſerie.

5. Y paſſando yà â lo individual, principiando eſta ſegunda reſpueſta, en el particular del primero Articulo, que ſe reduze â pretenderla dàr el Marquès, Principe Pio, ſobre averſele dicho, y fundado, que los autos del concurſo ſobre la graduacion de Acreedores no ſe ſubſtanciaron con la Parte del Eſtado de Alcalà; ſe inſiſte por eſta en lo miſmo, que en el primer Informe ſe expuſo, haziendoſe deſde luego cargo de dàr ſatisfaccion por los miſmos medios, contrarios del replicato del Marquès, Principe.

6. Dizeſe por el Principe Pio, *num.* 5. que aviendo procurado deſde el *num.* 15. â el 18. de ſu primer papel, hazer preſente, que en tanto obſtaba la Executoria de graduacion â el Eſtado, en quanto eſta con ſu citacion ſe avia ſubſtanciado; y que debiendolo juſtificar, y comprobar, como punto preliminar, lo avia hecho por tres medios, que và expreſſando, y queriendo hazerſe cargo de lo que ſe le reſpondiò â cada vno, dize â el *num.* 6. que lo que ſe le reſpondiò no convenze, porque, aunque es cõnſtante, y principio elementar, y verdad notoria, que la coſa juzgada no obſta â aquel, con quien no ſe litigò, por ſer comun, y textual, para q̃ ſe citò por el Eſtado, por no coacerbar los AA. que lo exornan â el ſeñor Salgad. *de ſup. ad Sanctiſſ.* 1. *part. cap.* 12. *num.* 18. *& in Labyr.* 2. *part. cap.* 28. *ex num.* 128. Por aver eſte Autor en vno, y otro lugar citado, no mas, q̃ haſta ſu tiempo, y referido todos los que fundaron eſta regla de Derecho

cho

cho; se arguye no obstante, que se pudiera ademàs comprobarlo con otros AA. que en dicho *num. 6.* se citan con toda puntualidad.

7. Pero si se advierte, que esta regla es tan general, y que como tan notoria, y principio tan elementar, bastaba solo apuntarla, sin citar â el señor Salgado, ni â otro Autor alguno; para q̃ ha sido la obstentasion de quererla comprobar con otros cinco AA. mas? Siendo entre ellos *Giurb. decis.* 120. D. Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 104. *à num.* 25. Que siendo estos, y otros muchos los que el señor Salgado refiere, es llenar el papel, y gastar el tiempo en vna nimiedad.

8. Prosigue â el *num.* 7. la parte de el Principe Pio, que no se niega lo que al *num* 21. y â la primera respuesta, que se le diò, procurada probar con muchos textos, y autoridades (cuya certeza dize, *nihil ad rem*) que en el Duque, successor immediato de el Estado de Alcalà, se hallaban dos personalidades; vna de acreedor por derecho de succession en dicho Estado, contra los bienes libres del Duque Don Fernando Enriquez de Rivera; y otra, como posseedor de el dicho Estado, para defenderle de la Duquesa viuda Doña Beatriz, y de los antecessores de el Marquès de Castel-Rodrigo, y finaliza este *num.* con las palabras siguientes: *Porque si esto concluyèra precisamente, en que por aver vsado de la primera formalidad, y no de la segunda* vt potè res inter alios acta, *no le obstaba la Executoria, y tenia lo bastante el Estado, y como no se le halla comprobado, no se le puede escusar â el Marquès diga, que semejante respuesta nihil ineptius.*

9. Para prueba de esto se passa â el *num.* 8. â formar vn silogismo de dos antecedentes, y consequencia, compuesto de interrogantes en la forma siguiente: Es constante, y que el Duque de Medina-Celi saliò debaxo de la formalidad de acreedor? (El mismo Abogado se responde lo mismo, que han dicho, y responderàn siempre los Abogados del Estado) Es cierto, y q̃ no se ha alegado otra cosa? Es evidente, prosigue, y q̃ saliendo baxo de esta sola formalidad tuvo ciencia del pleyto, que por la Duquesa, y antecessores del Marquès estaba deducido? (Se responde â sì proprio, que tampoco se puede con verdad negar) y pues estas premissas se confiessan, *&* *quòd in individuis scientia vnius aliis præiudicat.* Y que las doctrinas son ciertas, y que â ellas nada se responde, infiere

por

por consequencia precisa: deberse confessar, que aunque la personalidad de Posseedor, ô Successor en el Estado, fuesse separada de la de Acreedor, por aver vsado de esta, le perjudica à la otra: Pues aunque sean separadas *quoad exercitium*, son vnidas por estar la ciencia en vna persona sola.

10. Con que si à el dicho *num.* 7. se entra confessando, que tenia el Estado de Alcalà lo bastante, para que no le obstasse la Executoria de graduacion, siempre que constasse dos distintas personalidades en vn proprio sujeto: Vna de Acreedor contra los bienes libres de el Duque D. Fernando; otra de Administrador del proprio Estado: La primera vez â nombre de la Duquesa su successora; y la segunda, como Padre, y legitimo Administrador del Duque de Alcalà, su hijo, para defender los frutos, y rentas de las pretensiones de la Duquesa Doña Beatriz, y de Don Manuel de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, Acreedores, que asimismo lo eran, aunque posteriores, â los bienes libres, q̃ quedaron por muerte del dicho Duque D. Fernando, se ha de venir â confessar, aunque no se quiera, que como esto concluya, precisamente tiene bastante el Estado, para que no le obste la Executoria, conque se pudiera escusar en la conclusion â este *num.* el aver dicho, de que semejante respuesta *nihil ineptius*.

11. El Estado de Alcalà probò este assumpto desde el *num.* 21. de su primer Informe con los textos, doctrinas, y Autores, que allì se citan, concluyendo con el señor Salgad. *de supplic. ad Sanctiss.* tanto *in* 1. *part. cap.* 11. en su *num.* 11. como *part.* 2. *cap.* 15. *ex num.* 16. Y no negandose de contrario, que las doctrinas son ciertas; pero que es muy distinto el que las personalidades sean diversas, ô que lo sea la ciencia, y noticia, que el Duque, successor, tuvo de la pretension de la Duquesa Doña Beatriz, y de el Marquès, su hermano, por que en este caso basta la vnica ciencia, para que se vnan en vn individuo diversas personalidades representadas.

12. Para prueba de esta sutil consideracion, â el *num.* 12. del replicato se traen los textos de la *ley* 1. §. *Scientiam. ff. de tribut. act. leg. fin. ff. Quòd cum eo. leg.* 2. *Voluntatem. ff. Soluto matrimonio. cap. fin. de Iure iurand. in sexto*: Cuyas palabras de el dicho capitulo, y leyes, para probar el assumpto se ponen â la letra. Todos los quales, y otros comunes de esta ma-

te-

teria, dize los exorna Garzia *in tract. dè Nobilit. gloss. 4. à num. 19. ad 21.*

13. Si bien este Autor entra suponiendo, que esta ciencia, y noticia debe ser particular, è individua, q̃ nunca se presume, sino se prueba *per leg. Verius. ff. de probat.* sic ait Garzia *dict. n. 19. in principio. Et scientiam autem accipio particularem, & individuam, quæ numquàm præsumitur, maximè in his, quæ nocent.* Y en todo el lugar và hablando de esta ciencia particular, para q̃ induzga consentimiēto, limitada â sujeto, que solo tiene vna vnica represenracion, y no dos distintas personalidades.

14. A los lugares de el señor Salgado, de que la Parte de el Estado de Alcalà se valiò en su primer Informe, y van citados en este; responde el Abogado de el Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, *num.* 13. diziendo: que hablan solo en terminos, de que intentado pleyto contra Administrador de Iglesia, Posseedor de Mayorazgo, y otros de esta especie, y vencidos estos, pueden, no obstante la executoria, deducir nueva pretension por la personalidad propria: y precisamente *à contrario sensu* se deberà dezir, que vencidos estos por su propria personalidad, y por executoria, esta no les obstarà intentando defenderse de nuevo, como tales Administradores, y Posseedores, por quanto con esta representacion no fueron vencidos, ni se litigò con ellos.

15. Pero *Audaciùs* se prosigue en este *num.* 13. que el de el señor Salgado, ni alguno de los demàs Autores, que se han visto, afirman, que intentada la demanda contra el Administrador, ô Posseedor de Mayorazgo como tales, y como personas particulares, respondiendo por la primera personalidad, no les obste para la segunda, mediante, que el consentimiento, aprobacion, ô defensa cayò sobre ambas.

16. Muy de priessa parece, que se debieron de ver los Autores, que se dize averse reconocido, aunque se citan, è igualmente â el señor Salgado *maximè in dict. 2. part. de sup. cap. 15. per totum, & signanter* desde el *num.* 45. donde refutando en èl la decision del Cardenal Serafino. 24. *in ord.* entre las recolectas por Marquesano *de commission. tit. de Signatura gratiæ. part. 1. cap. 2.* de cuya decision se ponen algunas de sus clausulas, maximè ibi: *Non ideò minùs potest dici non intervenisse consensum ipsius, ratione solemnitatis.* Porque es diversa la razon entre vno, y otro caso: *Nam respectu adquisitionis*

tionis considerari potest duplex persona; respectu verò consensus, minime: non enim poterat vtì Ioannes Baptista consentire huic contractui, & vtì Leo Pontifex disentire: Et ideò non placuit illud, quod dicitur, effectum scientiæ dividi posse: Quia hìc, non de scientia, sed de consensu agitur, qui est indivisibilis in vna, eademque persona.

17. Buen lugar para acomodarlo el Abogado de el Principe Pio à su proposicion, sino fuera refutado por el señor Salgado *en los numeros* 46. *y* 47. siguientes, citando en su favor â Martin Navarro, *concil.* 7. *num.* 1. y 2. y â Gonzal. que le sigue *ad regul.* 8. *glos.* 5. *à num.* 11. y refiriendose â el *cap.* 12. 1. *part. dict. tract. de supplic.* y citando en su comprobacion otra decision de la Sagrada Rota. *in vna Burgensis concordiæ* 24. *Iannuarij de* 1594. que la dexaba ya referida â la letra desde el *num.* 16. con el texto *in cap. Olim. de re iudicata. cap. Ex literis. de probation. leg. Si Consul.* 3. *ff. de adoption.* Pues aunque el Consulto Paulo *in leg. Si plures sint.* verf. *Nec non, ff.* dixo: *Quòd difficile est, vt vnus homo duorum vices substineat*, entendiò Gothofredo *in verbo nam difficile*, que el adverbio *nam* debe entenderse por el adverbio *nec*, cuyo sentido es, no ser dificultoso dar dos representaciones distintas en vna misma persona.

18. Este Autor *dict. num.* 46. impugnando la decision de Serafino, dize: *Cui decisioni cuncta iuris principia resistunt, prout hactenus scripsimus; quia authoritas Prælati, tamquàm Prælati, non informat actus à se gestos tàquàm privato, & in bonis sui patrimonij; vbi aliàs actus ipsi requirunt authoritatem Prælati: Et quod dicitur in decisione Serafini, quòd consensus est individuus, quia non poterit vtì privata persona consentire, & vtì Papa disentire: contrarium est verius. Vt vidimus in omnibus contractibus, & actis, tam extraiudicialibus, quàm iudicialibus, gestis à repræsentante duas personas, aut dignitates: vt consensus præstitus vtì ab vna, nihil influat in aliam.* y concluye, que el contracto, y consentimiento respecto de vna qualidad, ni aprovecha, ni daña en otra distinta, *cuius intuitu, nec contraxit, nec consensit.* Porque el consentimiento, que representa por razon de el oficio, nada obra respecto de el Derecho proprio de la persona, y pone èl v. g. en el Juez, y en el Tutor, citando la ley *Cùm quædam.* 25. *Cod. de administrat. Tutorum.* En su elegante especie *ex lege: Si non subscripsisti quasi fide ius.* 15. *eodem.* Y otros textos, y Autores, que comprueban el assumpto.

Con

19. Con que lo que de contrario ſe proſigue en los *numeros* 14. y 15. de ſu ſegundo Informe, citando en el primero el conſejo 170. de Ancarrano, de que ſe valiò Menochio *en lo de præſumption. lib.* 6. *præſumpt.* 23. *num.* 62. como opueſto â lo que queda manifeſtado, y fundado en expreſſa diſpoſicion de Derecho, con toda claridad; ô no debe admitirſe,ni hazer contrapeſſo, ò ſi es admiſsible, hablan eſtos Autores en caſo muy diverſo, como ſe reconoce, atendido â el hecho, ſobre que fundan ſu reſolucion.

20. Siguiendo el dicho *n.* 15. ſe dize,hazerſe gran reparo, que para que el Eſtado de Alcalà huvieſſe acomodado las doctrinas,que ſe refirieron en ſu primer Manifieſto â el *num.* 21. afirmò â el *num.* 22. que nunca el Duque de Alcalà por el dicho Eſtado manifeſtò eſta repreſentacion; y es aſsi, como conſta de toda la ſerie de los autos, haſta el año de 656. que fue la primera vez, que ſe manifeſtò la perſonalidad de tal Poſſeedor: pero añade aora el Contrario, que ſi nunca la manifeſtò; con què perſonalidad apelò de el auto de execucion, que proveyò el Alcalde de Caſa, y Corte, â el Real Conſejo de Caſtilla, quando ſe avia pedido por la Duqueſa Doña Beatriz, contra los bienes de el Eſtado? Pero en el proprio *num.* el Principe Pio ſe reſponde â sì proprio, que fue con la perſonalidad de Acreedor el Duque de Medina-Celi, por la perſonalidad de ſer la Duqueſa ſu muger poſſeedora del dicho Eſtado, y por el de Acreedor â los bienes libres del Duque Don Fernando.

21. Pero reſponde con dezir,que no puede ſer; fundando eſta abſoluta, en que el credito del Duque de Medina-Celi era ſolo contra los bienes libres, y no contra los del Eſtado; y aſsi, que preciſamente ſe ha de confeſſar, que en eſte acto manifeſtò la perſonalidad de poſſeedor, con la qual apelò, y pretendiò ſe remitieſſen los autos à eſte concurſo, como con efecto ſe remitieron, que fue el año de 642. diez años antes de la Executoria de graduaciõ, que fue el de 652. ſacando por ilacion concluyente de todo lo referido, que la ciencia no fue preſumpta, ſino evidente: Y por conſiguiente, que, ô por ciencia preſumpta, como llevaba fundado en ſu primer Manifieſto, ô por ciencia evidente,como en el ſegundo ſe aſsienta por firme, le obſtaba â el Eſtado la dicha Executoria.

22. Poco, ô nada aprieta esta razon, y ya se tomàra de contrario se le confessàra siquiera, que la ciencia en el possеedor del Estado huviera sido *præsumpta,* como tal posseedor, aunque con ella nos quedabamos en los mismos terminos de la resolucion del Sr.Salgado,ponderada aquì *num.* 18.

23. Pero para que se vea, que el Duque de Medina-Celi entonces no vsò de otra personalidad, que de la de Acreedor del Estado â los bienes del Duque Don Fernando, para eximirlo de el gravamen de los censos, que con facultades Reales avia impuesto, y no para defender con la personalidad de posseedor los frutos, y rentas del Estado de la pretension, para que *in subsidium* de bienes libres, y â favor de la Duquesa Doña Beatriz, se avian gravado en cantidad de 40ꝟ. ducados de parte de dote, y de 10ꝟ. ducados por razon de la promessa de las arras, se harà aqui evidente.

24. Siendo constante, que â poco tiempo despues de la muerte de el Duque Don Fernando se formò concurso de Acreedores â los bienes libres, que quedaron,siendo vno de ellos Doña Beatriz de Moura, viuda del susodicho; y viendo esta, que se le avia de retardar el entero pago de su dote, y arras, que avia pedido contra los bienes libres de el Duque su marido, como se refiere en el Memorial ajustado,*num.* 16. consta â el *num.* 31. que se recurriò por su parte â la Villa, y Corte de Madrid, y ante el Alcalde Don Enrique de Salinas, el año de 642. pidio execucion por los 110ꝟ.ducados de la dote, y arras, que se le mandò despachar solo por 50ꝟ. ducados,dirigiendo los procedimientos contra el Estado de Alcalà. De cuya providencia el Duque,successor,apelò â el Real Consejo de Castilla, sin intentar otro recurso, ni pretender otra cosa mas, que el que aquellos autos particulares, se mandassen remitir â los vniversales de este pleyto de Acreedores.

25. Esto assi se mandò, y con efecto se dixo, que la Duquesa Doña Beatriz acudiesse â pedir â estos autos el pago de su dote,sin perjuyzio, assi de la via executiva, como de los demàs derechos, que las Partes tuviessen, tanto en la executiva, como en la via ordinaria: Esto es tan cierto, que en el replicato del Principe Pio, â que se le vâ respondiendo, lo refiere paladinamente en el *num.* 10. y en el *num.* 11. dize: Que esto fue â el principio, y quando solos *siete años* poco

mas,

mas, ô menos, avian passado, que era muerto el Duque Don Fernando; y que tambien la Duquesa avia manifestado su accion; assi contra los bienes libres, como tambien contra los de el Estado.

26. Toda esta narrativa se ignora â què fin venga para inferir, que de ello resulta descubrirse las dos formalidades, que residian en el Duque, successor: Y que este pleyto se sufriò debaxo de el preciso concepto de ambas, para venir à pàrar, que los lugares, que en el primer Manifiesto se citaron à el *num.* 42. de que el Acreedor puede oponer qualesquiera excepciones, y aun valerse de las mismas defensas, que el reo convenido pudiera intentar, aun sin necessitar de cession suya; assi como el Duque, successor, quiso valerse de la personalidad de Acreedor, no puede quitar, que la accion de la Duquesa Doña Beatriz tocasse tambien la personalidad de deudor, que residia en el Duque, como successor del Estado de Alcalà.

27. Galante consideracion, pero totalmente voluntaria, pues no podrà fundarse, que quando el Duque, successor, solo, y siempre se valiò de la personalidad de Acreedor â bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, y en nada contextò â lo pretendido por la Duquesa viuda, *respectivè* â la personalidad de successor, se diga, que â esta no se le pudo quitar la accion de que tocasse tambien en la personalidad del Duque, successor en el Estado, como deudores sus frutos, y rentas, aunque subsidiarios, en defecto total de bienes libres, â la restitucion de los 40ꝺ. ducados, parte de la dote, y de los 10ꝺ. ducados de la promessa de las arras.

28. Y para desembarazarnos ya de este punto, en lo dicho de contrario â el *num.* 10. y que mas difusamente se repite â el *num.* 15. es preciso (aunque no se quiera) aver de convenir en vna verdad; y es, que estaba pendiente este concurso de Acreedores, y en èl avia salido la Duquesa viuda, manifestãdo su derecho, y accion, y por reconocer lo largo, y dilatado de el pleyto, y contingencias de su exito, tomò testimonio de èl, y con el pretexto de que con el concurso â los bienes libres, estos estaban intrincados, y de dificil exaccion, valiendose *cum leg. à D. Pio.* 15. §. *Si rerum. ff. de re iudicata.* de las doctrinas del señor Salgado *in Labyr.* 1.*part. cap.* 23. *â princ.* y de el señor Olea *tit.* 7. *quæst.* 3. *num.* 38. y de otros, que estos dos selectos Autores citan (si bien en

aquel

aquel tiempo aun no avian ſacado à luz ſus obras eſtos Autores) recurriò à Madrid, pidiendo execucion contra los bienes, y rentas del Eſtado, por los dichos 110ʒ- ducados, à que condicional, y ſubſidiariamente eſtaban afectos los frutos, y rentas en virtud de la Real facultad haſta 50ʒ- ducados, parte de dichos 110ʒ- Pues ſe tenia con la formacion de el concurſo por baſtantemente hecha la excuſſion.

29. No conſta, que el Duque de Medina-Celi entonzes opuſieſſe eſta excepcion, como poſſeedor, y ſucceſſor por la Duqueſa ſu muger en el Eſtado de Alcalà, ſino ſolo como Acreedor â todos los bienes libres del Duque Don Fernando, en que ſe hallaba primero, y mas privilegiado para el fin, de que ſe redimieſſen los cenſos, à que con facultades Reales, en defecto de bienes libres, eſtaban afectos; y viendo, que ſin embargo el Alcalde de Caſa, y Corte proveyò ſu auto de execucion, aunque limitado â los 50ʒ- ducados, el Duque apelò â el Real Conſejo; y reconociendoſe en èl, que avia pleyto de Acreedores pendiente en eſta Real Audiencia, y que ambos Duques eran, y ſe hallaban en èl Acreedores, juſtiſsimamente ſe mandò, que aquel pleyto executivo ſe remitieſſe â eſte Vniverſal de el concurſo, reſervando â vna, y â otra Parte ſus derechos, para que los deduxeſſen, ya fueſſe en via executiva, ô ya en ordinaria.

30. De que ſe ſaca, con toda la claridad baſtante, que ni ante el Alcalde de Caſa, y Corte, ni ante el Real Conſejo de Caſtilla repreſentò, ni manifeſtò el Duque, ſucceſſor de eſte Eſtado, perſonalidad de tal, para defender ſus bienes, y rentas; ſino ſolo la de Acreedor â bienes libres, para excluir â la Duqueſa de ſu pretenſion, en cõcurſo de vno, y otro credito; y aſsi, pues no vsò de la primera, bien le pudo quitar la accion, que ſe dize, de que la Duqueſa tocaſſe aſsimiſmo la perſonalidad de deudor, que reſidia en el Duque, como ſucceſſor en eſte Eſtado, pues importàra muy poco, q̃ el Acreedor, â quien competen diverſos derechos, y acciones, vſe de vna, ſi deſpues no la proſigue, y el Deudor, ô ſu contrario no la contexta: *Quia non ſufficit, quem bene cœpiſſe; ſi ad finem ius ſuum non perduxit: & bene cœpiſſe multorum eſt; ſed ad finem pervenisse paucorum.*

31. Intentò la Duqueſa Doña Beatriz en la Corte, en aquellos autos particulares executivos, que moviò contra los

los bienes libres, que quedaron de el Duque Don Fernando Enriquez de Rivera, ſu marido, y contra los de el Eſtado de Alcalà, ſus frutos, y rentas, la cobranza, y pago de los 110ɋ ducados de ſu dote, y arras, obtuvo ſolo el mandamiento por los 50ɋ contra los frutos, y rentas del Eſtado; apelòſe â el Real Conſejo, donde ſe revocò el auto, y ſe mandò ſe acudieſſe à eſte juyzio vniverſal de Acreedores, como ſe hizo, en èl ſolo ſe proſiguiò contra dichos bienes libres; aſsi por la Duqueſa, como por el Marquès de Caſtel-Rodrigo, ſu hermano, por el Derecho de la renuncia, en las capitulaciones matrimoniales â favor de ſu Caſa, y Mayorazgo; y en èl aſsimiſmo el Duque de Medina-Celi, como Acreedor, por la Duqueſa ſu muger, por el Eſtado de Alcalà, ſiguiò el litigiò, y obtuvo primero grado en todos los bienes libres, que ſolo eran los concurſados, no intentaron, durante la proſecucion, ni la Duqueſa, ni el Marquès, ſu hermano, ni accion, ni perſecucion contra los dichos frutos, y rentas.

32. Conque importò poco, que en Madrid en los autos particulares ſe deduxeſſe accion, aunque tan prematura contra dichos frutos, y rentas, ſi deſpues, traìdos por la Executoria del Real Conſejo â eſte concurſo, no ſe proſiguiò, ni ſe bolviò â ella, haſta paſſados muchos años deſpues de la graduacion, por ſentencias de viſta, y reviſta de eſta Real Audiencia; y aſsi en eſte caſo ſe puede aplicar la regla ſabìda de Derecho, *ex leg. Multum interſt. & ibi Acurſ. Cod. Si quis alter, vel ſibi. leg.3. in fin. Cod. de contrahend. & committenda ſtipulat. cap. Cùm ſuper. 23. in fin. de offic. de leg. de qua Tuſc. liter. B. concluſ.* 133. Surd. *conſil.* 251. *num.* 36. Grac. *tom.* 5. *cap.* 809. *num.* 12. que la Duqueſa Doña Beatriz *quod potuit, noluit; & quod voluit, adimplere nequivit.*

33. Paſſa deſde el *num.* 16. de ſu ſegundo Informe la parte del Marquès, Principe Pio, â dezir, que la replica, que ſe hizo en la reſpueſta, dada por el Eſtado de Alcalà, manifeſtando la diferencia, que ay en el Derecho, entre el fiador puro, ô *ſimpliciter* fiador, â el fiador de indemnidad, ſubſidiario, ô condicional, y que para ello ſe reduce â aver explicado las diferencias, que ay de fiadores, para que no le obſtaſſe â el Eſtado la Executoria de graduacion, y que para ello nada prueban los lugares, que para comprobar el aſſumpto ſe traxeron, y ni menos el del ſeñor Salgad. *in Labyr.* 1. *part.*

cap. 23. *num.* 83. que se citò por el Estado â el *num.* 47.

34. Para esforzarse de contrario esta replica, propone desde el *num.* 18. con Ayllon ad Ant. Gom. *tom. 2. variar. cap.* 13. glossando el *num.* 2. las mismas diferencias de fiadores, y que el fiador de indemnidad, y subsidiario, aunque la sentencia pronunciada contra el principal obligado no le perjudica, *quia contra eum nata non est actio,* que dixo D. Salgad. *in dict. loco,* se debe entender (y esto, porque el Abogado del Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, assi lo entiende) que este Autor no negò, que la accion era nacida *quoad substantiam,* sino solo, que no era nacida *quantùm ad exercitium.*

35. Y â el *num.* 19. y 20. prosigue afirmando, que D. Salgad. no pudiera dezir otra cosa, mediante la resolucion del *Consf. Iulian. in leg. Fideiusor.* 16. (y no 17.) §. *fin. ff. de fideiusor.* cuyas palabras vienen â la letra trassladadas; y que por ser este texto tan comun en terminos de fiador de indemnidad, ô condicional, lo cita Antonio Gomez *vbi supr.* vers. *Quæro tamen.* Y tambien se cita â su Addicionador Suarez à Rivera, que se refieren sus palabras tambien.

36. Pero el señor Salgado dixo, y probò, lo que se refiriò *dict. num.* 47. y à la doctrina de Antonio Gomez, apoyada de Suarez su Addicionador, es de notar, que en lo que Gomez iba tratando en el mismo *num.* 2. vers. *Quartò singulariter.* era del fiador, que *simpliciter* se obligò, con el deudor principal, que *Iure communi, & secundùm authent. præsent. Cod. de fideiusor. & in authent. tit. de fideiusor. & mandat. cap.* 1. *collat.* 1. *tit.* 4. no podia por la fianza ser convenido, *nisi facta priùs excussione in bonis principalis debitoris,* lo que ya oy no sucede *regulariter,* porque *vt in plurimum,* se renuncia por los fiadores en los contractos, en que intervienen, el beneficio de la excussion, como es notorio, y todos los Autores practicos lo notan.

37. Y assi â el final de este versiculo, verb. *Quæro tamen.* habla, quando *non simpliciter; sed pacto, conditione, vel modo,* se obligò el fiador, que se considera fiador condicional; en cuyo caso, *si reus principalis fuit interpellatus, & non solvit, vel constitutus in mora, aut mortuus fuit; fideiusor tenetur, & tunc potest conveniri.*

Mas Gomez, ni su Comentador dixeron, ni otro ninguno

no ha dicho, que en este caso el tal fiador no le podrà poner â el Acreedor la excepcion de excusion, y que assi el Acreedor replicando tenerla ya hecha, como el fiador alegando, y probando no estarlo, ô que de nuevo deba hazerse con su citacion, se avrà de formar vn nuevo juyzio, en que se decida por vna Executoria, por ser ordinario; ya â favor del Acreedor, ò ya del fiador condicional, y subsidiario.

39. Despues de aver exornado el Abogado de el Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, su intento, como le pareciò; halla â el *num.* 21. de su segundo Informe alguna particularidad en el lugar de el señor Salgado entre el fiador de contracto, y el de indemnidad, ô condicional, para oponer la excepcion de excusion en vn juyzio ordinario; que el primero la avrà de oponer *ante litem contextatam*, y el segundo se podrà valer de ella, *non solùm ante; sed etiam post contextationem, & post rem iudicatam in eius excussione.* Mas que no dixo, que la sentencia contra el deudor principal no perjudicaba à semejante fiador; que â ser de este dictamen, lo expressàra, aunque no pudiera fundarlo.

40. Muy poca merced se le haze à vn Autor tan aplaudido, y seguido dentro, y fuera de el Reyno, por sus solidas doctrinas, en quantas materias tocò, dezir: Que no pudiera fundar, que la sentencia, ô Executoria litigada con el deudor principal, sin la assistencia, y concurso de su fiador, y mas siendo de indemnidad, ô subsidiario no le perjudicaba à este, para que siendo despues demandado en fuerza de tal determinacion, no pudiera oponerse, y alegar el defecto de legitima excusion, en que justamente debia ser oydo, y manifestar avia bienes del principal deudor, en que hazer el pago; pues en el Informe antecedente de el Estado de Alcalà, â el *num.* 36. se toca algo perteneciente à la materia, que prueba el presente assumpto.

41. Añadese en el *num.* 21. de el Informe contrario, â que se và respondiendo, que aun era muy proprio el lugar del señor Salgad. en la 2. *part. Labyr. cap.* 5. *præcipuè à num.* 17. por hablar sobre el punto de excusion en materia de Mayorazgos, obligados *in subsidium* sus bienes, en virtud de facultad Real à algunos creditos, que no pueden los bienes vinculados ser convenidos, hasta estàr hecha excusion en los libres, de el que impetrò la facultad.

42. Es-

42. Estimase la cita, y es cierto, que es lugar proprio; pero lo es tambien, que no fue olvido colocar este Autor en aquel *num.* lo qual se hizo de proposito, por tenerlo el Estado de Alcalà referido antes en el lugar, que se advierte â el *num.* 33. de su primera respuesta, con todos los demàs, conque exornò su doctrina, y que no se tuviera por impertinente duplicar citas de vn proprio Autor â cada passo.

43. Passa la parte del Marquès de Castel-Rodrigo en el *num.* 22. de su replicato, refiriendose â el *num.* 21. de su primer Manifiesto, diziendo: Que por aver salido â el pleyto el successor de el Estado de Alcalà, con cuya comparecencia, qualquier defecto, ô reparo, que pudiesse aver avido en la substanciacion, quedaba resanado, atento â las abundantes doctrinas, que â este fin, por puntuales avia traìdo: todo vltimamente se asegurò con el poder, que sin embargo de contradiccion se mandò poner, y puso en los autos, en que constò estaba ya otorgado desde el año de 645. cinco años antes de la pronunciacion de la sentencia primera de vista de graduacion; y asi, que no le haze fuerza la respuesta,que por el Estado se diò â este reparo desde el *num.*40. de nuestro primero Informe.

44. Esta se dividiò en tres medios, que brevemente se tocaron en el dicho *num.* 40. y las expressa el replicato desde el *num.* 23. hasta el 28.

45. Pero se le responde con el hecho, que en el Memorial ajustado de el pleyto se expressa en los *numeros* 16. 22. y 23. que en substancia se reducen â la primera salida, que hizo â los autos la Duquesa Doña Beatriz de Moura, en que muerto el Duque Don Fernando, su marido, pretendiò, que de todos, y qualesquiera bienes libres, q̃ huviessen quedado por muerte de su marido, avia de ser preferida, y primeramente pagada de 40ɏ- ducados de su dote; los 20ɏ- que recibiò el Duque Don Fernando en juros libres, y los otros 20ɏ- en joyas,y juntamente en los 10ɏ- ducados de las arras prometidas; y â demàs de 24ɏ- ducados del censo impuesto sobre la Casa, y Estado de Maqueda; y vltimamente de 8ɏ- ducados, resto de los 28ɏ- de principal, que traxo en la dote, situados sobre el Almojarifazgo mayor de esta Ciudad, y demàs partidas de la dote.

46. Despues saliò â el pleyto el Principe de Paterno

por la Duquesa de Alcalà Doña Maria Enriquez de Rivera, su muger, successora en dicho Estado, por muerte del Duque Don Fernando, su Padre, pretendiendo, que de todos los bienes de el susodicho, y con prelacion â los Acreedores todos, se le avian de satisfacer las cantidades de principales, y corridos, que el dicho Duque Don Fernando, y con facultad Real, avia tomado â censo sobre los bienes, y rentas de su Estado, para que dichos censos se redimiessen, y quedassen las del Estado de Alcalà libres de este gravamen; y ademàs de esta pretension, introduxo otra sobre la paga de los 100ꝧ-ducados, prometidos por dote â la dicha Doña Maria Enriquez de Rivera, quando casò con el mencionado Principe de Paterno.

47. Tambien saliò â el pleyto despues la parte del Duque de Medina-Celi, como marido de Doña Luisa Enriquez Afàn de Rivera, Duquesa, que ya era de Alcalà, en que por hallarse Acreedora â todos los bienes libres del Duque D. Fernando, en cantidad de 230ꝧ- ducados de los principales de los censos, que con facultad Real, y con obligacion de redimirlos â diferentes plazos, avia impuesto el dicho Duque Don Fernando, y que se hiziesse el pago, y con prelacion, â la Duquesa Doña Beatriz, del credito dotal, que avia deducido; y mas, quando la susodicha con su marido estaba obligada â muchos de los dichos censos; y este derecho, que deduxo el Duque de Medina-Celi, fue repitiendo el mismo, que antes avia introducido el Principe de Paterno, viviendo la Duquesa de Alcalà Doña Maria Enriquez, su muger, hija del dicho Duque Don Fernando, por aver succedido en este Estado â su Padre.

48. En este tiempo con corta diferencia se refiere en el Memorial ajustado â el *num.* 37. que saliò tambien â el pleyto Don Manuel de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, por su Casa, y Estado, en que avia succedido, pretendiendo, q̃ de todos los bienes libres del dicho Don Fernando avia de ser pagado, y con prelacion, su Mayorazgo de los 50ꝧ- ducados, que se agregaron en las capitulaciones matrimoniales, para el casamiento de la Duquesa Doña Beatriz, en caso de faltar esta sin hijos, ni descendientes de su matrimonio.

49. Y vltimamente, â el *num.* 31. del Memorial ajusta-

 do

do se expressa el recurso, que intentò la Duquesa Doña Beatriz, ya formado, y pendiente este pleyto de Acreedores, y con testimonio, q̃ se sacò de èl, pareciendo en Madrid ante vn Alcalde de Casa, y Corte, pidiendo execucion contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, por los 110ʋ- ducados de su dote, y arras, y que ademàs se le señalassen en el interim alimentos; cuyo successo, y remission, por Executoria del Real Consejo de Castilla, de aquellos autos executivos â los de este concurso; mediante la apelacion, que el Duque de Medina-Celi interpuso, se relaciona en el proprio *num.* y ya và tocado antes en esta respuesta.

50. De todo lo qual se saca, ê infiere, que ni la Duquesa Doña Beatriz, ni el Principe de Paterno, ni el Duque de Medina-Celi entonzes, ya por la personalidad de la Duquesa de Alcalà Doña Luisa Enriquez de Rivera, su muger, ya despues por la del Duque de Alcalà, su hijo, muerta su Madre, no se contemplò otra personalidad, que la de Acreedores vnos, y otros â los bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, â los quales solamente estaba formado el concurso; y aunque el poder, que en el año de 645. se otorgò, y se presentò muchos años despues de la Executoria de graduacion de Acreedores; aviendo sido este solo para administrar los bienes, y general para pleytos, no pudo estenderse, no conteniendo el poder clausula para contestar demãdas, ni defender los bienes, y rentas del Estado, sino para poner, y seguir pleytos, que fuessen en beneficio suyo; sobre que procede, quanto se expuso en la primera respuesta.

51. Y â nada se satisface de contrario, pues â averse vltimamente tenido este poder por bastante; lo vno huvieran sido suficientes las notificaciones hechas à el Tesorero Don Andrès Nestares, y â el Procurador Baltasar de Rivera, executadas en los años de 653. y 654. para que se señalassen bienes libres del concurso, en q̃ hazer el pago de su credito à el Marquès de Castel-Rodrigo, y no se huviera vltimamente mandado, con vista de los autos, y alegaciones de las partes; por el que despues se proveyò en 13. de Abril de 656. para que se despachasse provision requisitoria, â fin de que â el Duque de Medina-Celi, como Padre, y legitimo Administrador del Duque de Alcalà, su hijo menor, se

le

le hizieſſe ſaber en perſona la pretenſion de el Marquès, en orden â que ſeñalaſſe bienes libres, y deſembarazados de el Duque Don Fernando, para hazerſele el pago de ſu credito, que ſolo contra los dichos bienes libres le deduxo, como â el *num.* 37. de la primera reſpueſta ſe reflexionò.

52. Valeſe la parte de el Principe, Marquès de Caſtel-Rodrigo actual, para dar â entender, que aunque el poder ſe manifeſtò, y puſo en los autos â ſu inſtancia el año de 656. ya eſtaba otorgado deſde el de 645. y que aunque el Teſorero del Duque de Medina-Celi, y tambien ſu Procurador Baltaſar de Rivera, avian opueſto no ſer partes, para que ſe entendieſſen con ellos las notificaciones, que ſe les hizieron, para ſeñalar bienes libres, para hazer el pago, por no tener poder, y que aunque eſto lo expreſſaron, no lo repitieron en los demàs pedimentos; ſe quiere de contrario fundar la validacion en las doctrinas, que ſe traen en los *numeros* 31. haſta 33. de ſu replicato, vna de el ſeñor Olea *de ceſsion. Iurium. tit. 6. quæſt. 9. & ad rem in num.* 27. otra del ſeñor Salgado (que dize ſer aun mas en terminos) *de Regia protect. 4. part. cap. 7. num.* 129. que el primero tratando del ceſſonario, que, teniendo en la realidad la ceſsion, no la manifeſtò, pregunta ſi ſeràn nulos, ô no los autos, ſi ſe le opuſiere la excepcion de ſer, ô no ceſſonario? Y el ſegundo de el podatario, ô mandatario, que no manifeſtò el mandato, ô poder, aunque en la realidad lo tenia; ſi, aviendoſele opueſto eſte defecto, ſeràn los autos nulos? Que reſuelve con Marqueſano, y otros, con diſtintas deciſiones de la *Sacra Rota*, q̃ refiere haſta el *n.* 132. que sì: pero que ſino ſe le opuſieſſe eſte defecto, ni ſe proteſtàre la nulidad, ſeràn el juyzio, y ſentencia validos, ſi en la realidad avia poder; y vltimamente, *vt ſufficiat quandocumque de eo docere.*

53. Pero paſſa à mas eſte Autor, y dize: Que para la nulidad, ê invalidacion del juyzio, ô ſentencia, que ſe pronunciàre, no obſtante la opoſicion, y proteſtacion del defecto de poder, es preciſo, *quòd in quolibet actu debeat repeti â parte; taliter, vt non ſufficiat ſemel à principio opponere, alioquin autem cenſetur ab ea proteſtatione receſſum, & ſufficit, vt quandocumque de mandato doceatur.* Que es lo miſmo en ſubſtancia, aunque no tan por menor explicado, que dixo el ſeñor Olea en el citado *num.* 27. de ſu *queſt.* 9. citando â el miſmo

ſe-

señor Salgado, Cancerio, Gonzalez, Pareja, y otros, que estos todos ampliàn, que la sentencia, pronunciada à favor de el cessonario, â quien no se le opuso la excepcion de no serlo, ni tampoco à el Procurador; *si revera habebant cessionem, & mandatum*, que, para que se invalìde la sentencia, es necessario, aviendose opuesto el defecto referido, que *si posteà in progressu causæ eadem exceptio non fuit repetita, iudicium erit validum.*

54. Son estas doctrinas ciertas, y no se niegan, solo resta el que venga acomodada su aplicacion â el punto, que se litiga: Porque lo cierto es; lo primero, que entonzes el Tesorero, y tambien el Procurador del Duque de Medina-Celi, por la personalidad del Duque de Alcalà, su hijo, no vna vez, sino muchas, negaron tener poder por su parte, para aver de ser de su cargo manifestar bienes libres, y desembarazados, que huviessen quedado por muerte de el Duque Don Fernando, para que en ellos el Marquès de Castel-Rodrigo se pudiesse hazer pago de su credito, y por averse reconocido vltimamente, que no avia tal poder, se vino à mandar, que se entendiesse con el Duque de Medina-Celi, notificandole en persona, manifestasse bienes libres para el dicho efecto, â cuyo fin se mandò despachar provision requisitoria; conque, aun quando fuessen aplicables las doctrinas de estos AA. y viniessen acomodadas â el punto, ya se encuentra â cada passo, y repetidas vezes, que el Tesorero de el Estado, y el Procurador de el Duque de Medina-Celi opusieron, ê instaron, en que no tenian poder, para que con ellos se entendiesse la notificacion.

55. Lo segundo, que aun, quando se diesse por concedido, que solo vna vez, sin nueva repeticion, ni oposicion, huviessen manifestado no ser partes, ni apoderados, para que por tales fuessen tenidos; el poder, que se hallò, y puso en los autos mucho despues, no fue dado à los dichos Tesorero, y Procurador, sino à Juan Garzia Ronquillo, que lo fue de esta Real Audiencia, por el Duque de Medina-Celi, como marido de Doña Luisa Enriquez, posseedora del Estado de Alcalà, deduciendo en virtud de èl las pretensiones de su parte, como Acreedor el Estado â los bienes libres de el Duque Don Fernando, para la redempcion, y paga de los corridos de los censos, que con facultades Reales se avian impuesto, y â que el Duque Don Fernando â ciertos plazos

que-

quedò obligado à redimirlos: assi se relaciona en el Memorial del Relator â el *num.* 22.

56. Y lo tercero se deduce de lo que và expressado en el *num.* antecedente: pues en la realidad, aquel poder no era el necessario para defender los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, de las pretensiones del Marquès de Castel-Rodrigo; sino solamente limitado para salir el Estado de Alcalà â deducir, como deduxo, sus pretensiones, como Acreedor â dichos bienes libres, pretendiendo, como consiguiò por ellas, en la Executoria de graduacion, el primer lugar, y grado, que obtuvo; conque no se pueden deducir, ni aplicar las doctrinas referidas, que solo hablan, en caso de que siendo la cesion, ô poder bastantes, no aviendose manifestado, aviendoseles opuesto sola vna vez la excepcion de no constar de ellas, se hallaron despues ser legitimas, y suficientes, ya la cesion en el cessonario, ô ya el poder en el mandatario; y si aqui se dà, que no era este el poder, que se echaba menos, sino el que, en la realidad, no le huvo para defender, y oponerse, à que no se procediesse *ex abrupto,* y sin excussion legitima de bienes libres del Duque Don Fernando, y contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà; *destructo fundamento corruit edificium. cap. Cùm Paulus.* 16. 1. *quæst.* 1. *leg. Nam origo.* 8. *ff. Quòd vi, aut dam.* Gonz. *ad reg.* 8. *Chancell. gloss.* 31. *num.* 31. *cum plurimis seqq.* y queda hecho el debido aprecio de tan ciertas, y seguras doctrinas, negandose solo la aplicacion.

57. Dizese de contrario, que â no ser preciso satisfacer â vna alegacion, que dos vezes por el Estado se repite; estaba ya conclusa la respuesta, que lleva dada, à lo que â el primer articulo de su antecedente Informe se ponderò, en el que manifestò el Estado en el suyo.

58. La alegacion, à que se dize: Que dos vezes el Estado la repite, ya que la de el Principe Pio dize, que và â responder, son: La primera, que se expuso en el *num.* 38. para probar, que siendo regla constante de Derecho, *quòd sententia debet esse conformis libello*: Y la segunda â el *num.* 43. *quòd limitata causa, limitatum producit effectum*; no negandose, como de contrario no se niega, por constantes en el Derecho estas dos reglas, y q̃ vienen bien aplicadas â el assũpto del pleyto; en el punto de este primer articulo se procura su evasion,

de que su defensa no està en lo general de estas reglas, sino en sus limitaciones, y mientras de contrario clarissimamente esto no se ajustàre: *Standum est regulæ, donec de exceptione, vel limitatione constet evidenter. leg. vlt. Cod. de hæredib. instituen. leg. Ab ea parte. ff. de probationib. leg. Apud antiquos. Cod. de furtis.* D. Covarrub. *variar. lib. 2. cap. 12. num.* 4. Card. Mant. *de coniect. vltimar. voluntat. lib. 5. tit. 15. num.* 31. Gonzalez *ad reg. 8. Chancellar. gloss. 8. num.* 70.

59. Y es la razon; porq̃ *in dubio semper est secundùm regulam pronunciandum, & qui pro se tenet regulam, cùm suam intentionem fundatam habeat, relevatur ab onere probandi.* Mascard. *de probationib. conclus.* 1261. Gutierr. en sus *practic. lib. 3. quæst. 4. num. 13. & quæst. 76. num. 8. & in tract. de Iurament. Confirmator. 1. part. cap. 1. num.* 64. Y assi, el que viene â oponerse, *& regulæ contradicit, assertionem suam expressè probare debet. leg. Ab ea part. ff. de probat. cap. Ad dezimas. de restitution. expoliator.* Franciscus Vivius *decis. 67. num. 14. &* 15.

60. Procurando el Abogado del Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, à estas dos reglas de Derecho buscarles limitaciones, y aplicarlas â la defensa de su parte, las junta en vno desde el *n.* 36. hasta el 50. diziendo: Que, aunque en las demandas no se huviesse expressamente dicho, que en defecto de bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, fuessen condenados los del Estado de Alcalà (ô por mejor dezir sus frutos, y rentas) como obligados *in subsidium* â la satisfaccion, y restitucion de la dote de la Duquesa Doña Beatriz de Moura, viuda, que quedò de el susodicho; bastaba, que ya constasse en los autos, que esta pretension la avia la Duquesa introducido, en aquellos particulares, que moviò en la Corte, pendiente yà este concurso, que son los que se refieren â el *num.* 31. de el Memorial, que atenta la apelacion, que de ellos interpuso en el Real Consejo de Castilla el Duque de Medina-Celi, por la Duquesa de Alcalà, su muger, posseedora yà de este Estado, se mandaron remitir â los autos de este concurso; y si en aquellos particulares, estaba ya convenido por la obligacion subsidiaria el dicho Estado, y que por esto â el Duque le constaba de la intencion de la Duquesa viuda; esto basta, para que la sentencia sea valida, y obste, *quamvis non fuisset conformis libello.*

61. Es-

61. Esto le parece â el Abogado del Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, que basta, y lo contrario les parece â los Abogados del Marquès de Priego, Duque de Alcalà, por lo que sobre este particular se manifestò en su primera respuesta, y aquì và dicho, y se continuarà succesivamente.

62. Para prueba de que basta lo dicho de contrario, en el mismo *num.* 36. se quiere exornar desde el *num.* 37. con los lugares, que se citan, el vno de Scacia *de sentent. & re iudicata.* en la *glos.* 4. *quæst.* 16. *num.*27. copiando sus palabras, como tambien se ponen las que refiriò antes â el *num.* 23. con Julio Cap. en la *discept.* 7. desde el *num.* 10. con Azevedo (aunque citado en confusso, pues sin dezir en què titulo) se trae *in proœmio. leg.* 2. *lib.* 4. *Recopil. num.* 12. y con el capitulo *Constitutus.* 6. *de Religiosis domibus:* y â el *num.*43. bolviendo à citar el *num.* 41. del Memorial ajustado, que dize: Que lo que el Duque de Medina-Celi pretendiò entonzes, fue, que se declarasse estàr pagada la Duquesa Doña Beatriz enteramente de su dote. Y que en caso de no estarlo enteramente, se declarasse, que lo estaba de la parte de dote de los bienes libres; â cuya paga, y en defecto de ellos, en fuerza de la facultad Real estaba el Estado de Alcalà obligado.

63. Y vltimamente se añade â los *numeros* 44. y 45. que para que esta verdad se reconozca, se precisa recurrir â la question, que mueven los AA. y por ellos cita à Scacia *de sentent. & re iudicata. glos.* 14. *quæst.* 2. poniendo sus palabras, y à Carlev. *de Iudiciis. tit.* 3. *lib.* 2. *disput.* 17. *num.*5. que con el v. g. le refiere à la letra, y à la remission, que este Autor haze à el *num.* 8. de la citada disputacion. Y para dàr respuesta à lo referido, bastaba solo lo que el mismo Scacia *dict. glos.* 4. *quæst.* 16. *num.* 17. dixo, *in hunc modum,* ibi: *Quia nullus est melior libellus, quàm contentio ipsa, quam partes habent in prosecutione causæ.* Que por de este Autor se refieré en el papel contrario, que miran â afirmar, que, aunque en el libelo con claridad no se expresse la pretension de la parte, como esta se manifieste en el discurso del pleyto, contendiendose entre los litigantes, en su prosecucion; tendrà lugar, lo que antes en el *num.* 23. por limitacion de la regla general tenia assentado: que la sentencia puede caer sobre lo què se contendiò, y probò, *licèt libello non sit conformis:* porque ya le cõsta

â

à el Juez por los mismos autos, mediante lo contencioso entre las partes, y probado en ellos.

64. Que esta en substancia es la resolucion de Scacia, y este punto no se niega por parte de el Estado; si solo la aplicacion; pues vemos, que la Duquesa Doña Beatriz, quando saliò al pleyto, pidiendo la restitucion de su dote, y arras, no demandò â los fructos, y rentas del Estado, ni principalmente, ni *in subsidium*, sino la deduxo contra los bienes libres, que quedaron de el Duque Don Fernando su marido. Ni tampoco despues, quando saliò â el pleyto el Marquès de Castel-Rodrigo Don Manuel de Moura, su hermano, por el derecho de agregacion â su Casa, y Mayorazgo de los 50ꝭ- ducados, à falta de succesion legitima de la dicha Duquesa Doña Beatriz pretendiò otra cosa, segun parece de su peticion, (que repetidas vezes se ha citado) que el que de los dichos bienes libres se le hiziesse el pago: Conque ya tenemos, que en vno, ni otro pedimento se intentò accion, *nec principaliter, nec incidenter*, contra los bienes de el Estado de Alcalà, ni contra sus frutos, y rentas, que solo fueron los obligados secundariamente, en virtud de la facultad Real, hasta en cantidad de 40ꝭ- ducados de parte de aquella dote, y de 10ꝭ- ducados de la promessa de las arras, como lo contuvo la dicha facultad, y lo expressò la sentencia de revista de esta Real Audiencia, reformando la de vista en este particular.

65. Tampoco se halla en todo el discurso, y serie de tan dilatado pleyto (que para executoriar le durò hasta el año de 653.) pedimento alguno, contencion, prueba, ni otra circunstancia, que mirasse à esta particular pretension, de que los bienes, y rentas de el Estado de Alcalà fuessen condenados en defecto de la existencia de bienes libres, ni â la paga de la dote, ni à la restitucion, como parte de ella, de los 50ꝭ- ducados, à beneficio de la Casa, y Estado de Castel-Rodrigo, que se avian de agregar à sus Mayorazgos: Conque bien se dixo en la primera respuesta, que manifestò la parte de el Marquès de Priego, Duque de Medina-Celi, y Alcalà à el *num.* 38. que *Iudex vltra petita à parte condemnare non potest.* con los textos, y AA. que se citaron, probando, y exornando esta regla de Derecho, sin que se dè lugar à la limitacion, que tan voluntariamente de contrario se aplica: Pues

es tambien regla cierta, inconcussamente reccbida *ex leg. fin. ff. de petition. hæredit. leg. 4. §. Hoc autem iudicium. ff. de damno infecto.* D. Olea *de cession. iurium. tit. 6. quæst. 9. num. 2.* que el Juez *non solet, nec debet officium suum parti non petenti impartiri.*

66. Viendo, que lo dicho en este particular, se halla constante en los autos, recurre â valerse de vna leve circunstancia, para fundar sobre ella, que aunque en los pedimentos, assi de la Duquesa Doña Beatriz, como del Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, ni tampoco en todo el discurso de el pleyto, en el transcurso de tan muchos años, que durò su seguimiento, hasta la Executoria de graduacion, no se avia pedido cosa alguna contra los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, se vale â el *num.* 36. de dezir, que bastò, que en los autos, que siguiò la Duquesa en la Corte, y que por vltimo, por la Real Executoria de el Consejo se mandaron remitir â estos del concurso; en aquellos introduxo su pretension, pidiendo execucion contra los bienes del Estado de Alcalà: conque querer fundar, que esto solo fuè bastante, para quedar contenidos los bienes de el Estado â la satisfacion de la dote en la concurrente cantidad, â que en conformidad de la Real facultad estaban obligados, para que se diga, que *sententia fuit conformis libello*, y que justamente en la Executoria de la graduacion pudieron muy bien quedar los frutos, y rentas de el Estado condenados â esta paga *ex tunc*, para en caso de que hecha excussion no se hallassen bienes libres, en que hazerla: Es fundar vn edificio sin seguro cimiento, ô â lo manos tan debil, que â poca diligencia caìga â tierra toda su fabrica.

67. Pues aquel corto ramo de autos, que por la remission mandò hazer el Real Consejo â este pleyto, como en el Memorial ajustado *num.* 31. se refiere, no sirviò de otra cosa, que acomularle â èl, sin que desde entonzes, y hasta la Executoria de graduacion, tocante â su contenido, y lo que en el se pidiò, se bolviesse â hablar palabra en orden â convenir à los bienes, y rentas de el Estado, ni à pedir; que estos en defecto de bienes libres, fuessen condenados à la restitucion de la dote *respectivè* à los 50U- ducados, à que mediante la facultad Real estaban obligados *in subsidium.*

68. Quedando ya respondido à el lugar de Sigismundo Scacia, sobre que no es aplicable para el punto, que se con-

tro-

trovierte, y antes si se retuerze en contra, como queda ponderado; se passarà â executar lo mismo en el de Julio Caponio en la *disceptacion* 5. â el *num.* 14. refiere la decision 32. *de Afflictis.* cuyos AA. bien considerados sus doctrinas, *nihil ad rem faciunt.* Porque si el actor convino â el reo le pagasse cierta porcion de dinero, y este, lo que dixo en su respuesta, fuè, que en su poder tenia ciertos generos en prendas, porque cayò la sentencia, y fue condenado en ella, â que las restituyesse, por aver constado de el empeño; esto era preciso, y muy consiguiente à el pleyto, y dentro de los limites de èl: Asi como si el Actor demandasse â su deudor por veinte; y este respondiesse, que solo era deudor de diez, y lo probasse; precisamente la sentencia condenatoria avia de caer sobre los diez restantes, y no sobre los veinte de el pedimento, ô demanda, ni por esso se dixera, que la sentencia no era conforme al libelo, porque este fue por veinte puesto, y la sentencia minorò la cantidad, porque asi se probò, y justificò en los autos.

69. Y no es prueba de el assumpto contrario lo referido en el Memorial de el Relator *num.* 41. que se cita de contrario â el final de el *num.* 38. y lo buelve â repetir en el *num.* 40. pues, lo que en el hecho se asienta, es, que estando ya el pleyto conclusso en lo principal sobre la graduacion; hizo pedimento en èl el Duque de Medina-Celi, y Alcalà, como Padre, y legitimo Administrador de el Duque, su hijo, reduciendole, â que se declarasse estar pagada la Duquesa Doña Beatriz enteramente de su dote, como Acreedor de este concurso, y que en caso, que no lo estuviesse enteramente, se declarasse lo estaba de la parte de dote de bienes libres, â que solo en defecto de ellos estaba obligado el Estado de Alcalà; fundandolo en los dos pedimentos dados antes en el pleyto por la dicha Doña Beatriz, que en el Memorial se refieren â los *numeros* 16. y 32.

70. Y esto *primariè*, y principalmente miraba â pretender el Duque de Medina-Celi el primer grado, que despues consiguiò, como Padre del Duque de Alcalà, su hijo, para que de todos los bienes libres, que quedaron del Duque Don Fernando, se sacassen primero los capitales, y corridos de los censos, que con facultades Reales avia impuesto sobre los bienes, y rentas del dicho Estado con obli-

ga-

gacion de redimirlos â los plazos, que ofreciò hazerlo, quando obtuvo las facultades, para que de este gravamen quedassen, como era justo, libres de èl en el siguiente posseedor los bienes, y rentas de el referido Estado.

71. A el capitulo *Constitutus.6. de Religiosis domibus.* Que se pondera para el proprio assumpto en el *num.* 41. de el papel de contrario, se responde, que tampoco haze fuerza; porque la especie de aquel texto de la Santidad de Innocencio III. que succintamente se halla recopilada; viene à recaer en lo mismo, que và respondido: Pues, aunque la demanda de el economo de el Obispo Albanense, puesta à el Monasterio sobre el derecho Episcopal, este se defendiò no tener obligacion à responder â ella, por quanto se le avia concedido libertad por otro Obispo su antecessor, con el cargo de cierta pension *in emphyteusim, sub annua octo denariorum vsualium*, y aver sido confirmado por la Sede Apostolica, y assi que avia conseguido la libertad del derecho Episcopal, en fuerza de dicha pension constituida. Fue el Monasterio absuelto de aquella demanda, y condenado por sentencia difinitiva, â que pagasse la pension: Y no pudiera ser otra cosa, atendido lo que se alegò, y probò en aquel litigio; porque la demanda fue sobre la obligacion del derecho Episcopal; en la contestacion de ella se alegò, y probò despues la libertad, en que se hallaba el Monasterio, con la obligacion de pagar la pension annual de los ocho denarios vsuales: Conque la sentencia fue en consideracion â el libelo, y â la defensa probada por el Monasterio; pues confessandose obligado â la pension por causa de la libertad, que avia obtenido, fue tacitamente absuelto de la demanda de el Obispo, y expressamente condenado, â que pagasse, lo que confessò, y constò, que era de su obligacion, y cargo.

72. A los dos lugares citados â los *numeros* 44. y 45. de Scacia *de sententia, & de re iudicata*, en la *glos.* 14. *quæst.* 2. de Carleval *de Iudiciis.* en la *disputacion* 17. *tit.* 3. *num.* 5. que dize el primero *num.* 31. en su tercera inspecion, que se opuso, y sin embargo de ella cayò la sentencia condenatoria; despues no se puede oponer, *etiam si per viam actionis se* intente. Esto nadie lo ha negado, *maximè, quando de exceptione in principali iudicio fuit plenè cognitum*: Pues si se diera lugar

gar â proponerla por el reo despues de la cõdenacion, *etiam per viam actionis,* fuera vn *processus in infinitum,& lites redderentur penè immortales,& ex litibus lites orirentur, contra legem: Cùm hi.8. ff. de transact. leg. Terminato. Cod. de fructibus,& litium expensis;* que dixo, *quòd nefax est litem alteram consurgere ex litis primæ materia.* Pues como dixo el Consulto en la *ley 6. ff. de exceptione rei iudic. singulis controversiis, singulas actiones, vnumque iudicati finem sufficere: nè aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem.*

73. En substancia viene à ser lo mismo el lugar, que se cita de Carleval, con su v. g. de que asi el marido, que no podia ser in solidum convenido à la restitucion de la dote, aunque antes avia alegado, y opuesto esta excepcion, como el heredero, que no puede ser convenido *vltra vires hæreditarias,* aviendo precedido solemne inventario, y que asi lo alegò; si sin embargo fueron condenados por el Juez *ad integram solutionem;* estas excepciones, y tambien la de prescripcion en su caso, *non possunt iterum alegari post sententiam, tempore executionis, quia videntur reiectæ:* Y esto es por lo mismo, que ya queda dicho, y respondido, por la fuerza de la sentencia executoriada, y passada en cosa juzgada, la qual *pro veritate habetur,* y haze de lo blanco negro, y de lo quadrado redondo. *Ex reg. leg. Res indicata. ff. de reg. iuris. leg. Cùm putarem. 36. ff. Familiæ herciscundæ. leg. Ingenuum. 25. ff. de statu homin.*

74. Y advierte Carleval en el *num.* 8. haziendo memoria de lo que dixo â el *num.* 5. que lo que dexa fundado, habla en terminos de excepciones peremptorias, que se opusieron antes de la determinacion, que estas, como incompatibles *cum iustitia sententiæ, in ea videntur tacitæ reiectæ. Argumento. cap. Ex parte. 67. de appellation. cap. Sub orta. 21. in fin. de sententia, & re iudicat.* y asi, que *posteà, neque per viam actionis, neque exceptionis possunt à parte iterum proponi;* lo que nô sucede con las excepciones modificativas, que estas, *quæ sunt compatibiles cum iustitia sententiæ pronuntiatæ,* se pueden bolver à poner *in executione sententiæ,* porque no se entiende, que tacitamente fueron reprobadas, sino reservadas *ad tempus executionis,* vt notat Panormit. *in cap. Cùm in causa. 7. num. 25. de iuramento calumniæ.* Barbos. que refiere à otros, *in leg. Maritum. 13. num. 53. ff. soluto matrimonio.*

75. Para que vengan à favor del Principe Piò las generales doctrinas de Scacia, y de Carleval, se dize â el *num.* 46. de su papel de respuesta, que lo que el Duque de Medina-Celi por su hijo el de Alcalà deduxo â favor de este Estado, fue vna excepcion peremptoria *per viam actionis*, q̃ fue despreciada *non solùm tacitè; imò etiam expressè*, por la sentencia de graduacion; y que assi, siendo conforme al libelo, obsta, para no poder refricarla *in alio iudicio*, y mucho menos, quando se està tratando de la execucion de la sentencia, para que se cita â el señor Salgad. *de Reg. protect. cap.* 7. *num.* 81. cuyo Autor en el caso, que trata, dize lo mismo, que los antecedentes.

76. Pero â donde està, que entonzes el Duque de Medina-Celi por el Estado de Alcalà, que posseìa su hijo, deduxesse, *neque per viam actionis, neque per viam exceptionis peremptoriæ*, lo que de contrario se quiere assentar por supuesto? Pues yà se ha dicho, que lo que el Duque tratò, fue en punto de preferencia sobre los bienes libres concursados, de que la Duquesa Doña Beatriz, y tambien el Marquès de Castel-Rodrigo, su hermano, pretendian el pago; y entre las cosas, que representò, fue, que con los muchos bienes, y caudal libre, de que la Duquesa se apoderò, luego, que muriò el Duque Don Fernando, su marido, estaba enterada, y satisfecha; y esto miraba à repetir de la susodicha por revocatoria, como primero Acreedor, que el Estado de Alcalà era â dichos bienes libres, en caso, que los demàs estuviessen consumidos, la reintegracion para la redencion de los censos; y aunque añadiò *ex abundanti*, que caso, que se justificasse no estàr reintegrada toda la dote, avia, sin embargo, bienes libres bastantes, de donde en su lugar, y grado, que se le diesse, pudiera reintegrarse, sin llegar en tiempo alguno â tocar en los frutos, y rentas de los bienes vinculados del dicho Estado, que condicional, y subsidiariamente se obligaron, en virtud de la facultad Real: y esto no avrà quien diga, que por lo dicho en aquel pedimento, fue por el Estado, yà *per viam actionis, sive per viam exceptionis peremptoriæ*, deducida esta defensa, para que expressamente por la sentencia de graduacion se huviesse despreciado, y no poderse ya tratar *in alio iudicio*, y mucho menos, quando se dize, que se està tratando de la execucion de dicha sentencia.

77. Culpase en el papel contrario â el *num.* 47. que las doctrinas, que se traxeron por el Estado en el *num.* 38. de su respuesta, para comprobar la regla general, de que *sententia debet esse conformis libello*; son favorables à la pretension de el Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, y que ya, que las traxo por la regla el Estado, aver advertido las limitaciones, y visto mas de espacio los AA. que la exornan, y que pues no se hizo, para que la respuesta se proporcione, lo executarà por su parte, aunque no era preciso, solo porque no se eche menos esta observacion.

78. Los AA. que principalmente se citaron en el papel del Estado *dict. num.* 38. fueron Vancio *de nullit. ex deffectu processus.* Azeved. *in leg.* 10. *ex num.* 115. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* Barbos. *in leg. Cùm dotem in principio. num.* 44. *ff. Soluto matrim.* Valasc. & D. Castill. *tom.* 5. *controv. part.* 2. *cap.* 104. *num.* 32.

79. Hablando de Vancio se dize, que llevò lo contrario, de lo que para que fue citado: de Pedro Barbosa dize casi lo mismo: de Azevedo parece no tenerlo muy â su favor: y de el señor Castillo, de quiē por luego se finge olvidado, por vltimo se buelve â acordar, y afirma, que nada habla, que toque â el punto; porque lo que resuelve es en distintos terminos, y combida, para que se buelva â ver, aunque no dexa de confessar, que en el *num.* 23. de dicho capitulo tocò la regla general, de que la sentencia *debet esse conformis libello.*

80. Y comenzando por Vancio, lo que este dixo en el *num.* que se citò, refiriendo â Baldo, Alexandro, y à otros antiguos, con el *cap. Cum Abbate.* vers. *Cæterùm de re iudicat. in* 6. que el Juez, antes que pronuncie su sentencia, debe diligentemēte examinar el processo, y ver lo q̄ se pide, y de que modo, y considerar *rem petitam, causam petendi, & actionem intentatam, & cum illis sententiam suam conformare*: Porque si *super alia re, vel ex diversa causa, aut per alium modum ab eo, quo fuit actum, sententiam daret; cùm super illis non fuerit lis contestata, nec servatus aliquis iuris ordo, erit ipso iure nulla*: Esto es lo que llevò este Autor, y para que fue citado: Y el dezirse de contrario, que advirtiò lo opuesto â esta doctrina *num.* 97. vers. *Erit tamen advertendum,* cuyas palabras se transcriben, no es opuesto, ni contrario, porque dixesse, que si *accessoriè, aut virtualiter ex natura actionis, vel aliàs comprehendatur, & ex*

pe-

petitione subsit, satis erit, para que se diga, que la sentencia fue conforme â el libelo, *& quòd super deductis in lite fuisset determinatum*: Conque este Autor no llevò esto por limitacion de la regla, sino por mas explicacion de ella; y asi nos quedamos, y nos mantenemos en lo dicho por parte del Estado de Alcalà

81. Los lugares de Valasco en la consultacion 145. y de Pedro Barbosa, en la ley: *Cùm dotem*. (que dize no empezar asi; sino *Si cùm dotem*.) *ff. Soluto matrimonio*. se responde de contrario, que lo que estos AA. hablando de la regla deducida de la ley: *Vt fundus. ff. commum. divid.* dizen, es, que segun las leyes de Portugal, que citan en el *tit*. 49. *lib*. 3. del ordinamento de aquel Reyno; se reserva el derecho â el actor, para que lo que no cõtuvo el libelo lo deduzga, para que la parte contraria responda, y cayga la determinacion, y asi que no hablan, segun lo determinado de la *ley* 10. del *tit*. 17. del *lib*. 4. *novæ Recopilationis*.

82. Y porque el Abogado del Principe Pio anda tan nimio, y escrupuloso, que repara hasta en la cita de la ley 22. *ff. Soluto matrimonio*. sobre que escribiò Pedro Barbosa, diziendo, que no empieza *Cùm dotem*; sino *Si cùm dotem*; pudiera excusar la nota, quando es cierto, que en todo aquel titulo no ay otra ley, que con la que se citò pudiera equivocarse, y sobre que escribiò este Autor; y el error, ô falta de vna sylaba en las citas, no puede ser culpable, quando â cada passo esto en los AA. se encuentra; y asi se puede aqui traer lo que hablando de la libertad dexada â Cratixto, esclavo, llamandole Cratino el testador, dixo Scevola *in leg. Qui habebat*. 54. *ff. de manum. testam*. ibi: *Nihil obesse, quòd in syllaba errasset*. Y el Pontifice Honorio III. tuvo por valido el rescripto Apostolico, y no vicioso; no obstante, que â el verbo *Spoliarunt* le faltaba la *O*. y advirtiò la glossa: *Quòd propter tam modicum deffectum non vitiatur; cùm hoc fuerit, vel propter vitium scriptoris, vel propter nimiam occupationem dictantis.*

83. Y bolviendo â lo que de contrario se advierte, que estos dos AA. hablan, segun las leyes de Portugal, y no segun las de nuestro Reyno, de que es expressa la ley 10. del *tit*. 17. *lib*. 4. *Recopil*. que dirimiò las solemnidades, y que Azevedo glossandola, se inclinò â la regla general; no dexa

de

de confessar, que *per æquipolens* esta puede cumplirse.

84. Lo cierto es, que lo que la ley dispuso es, que aunque la demanda no sea dada por escrito, ô que no està bien fundada, como mandan los Derechos; como estè assentada en el processo, ô que falten otras solemnidades substanciales de los juyzios, que la misma ley và refiriendo; como en la demanda se contenga lo que el demandador entendiò demandar siendo hallada, y probada por el processo la verdad de el hecho, ya sea en primera, y en segunda, ô tercera instancia; los Juezes determinen, y juzguen, segun la verdad, que hallaren probada en los tales pleytos, y sean valederas sus sentencias.

85. Esto es lo que la ley en este particular ordena, pero no es esto lo q̃ se echa menos, y sobre lo que se và questionando, pues en los pedimentos, y demandas, que presentaron, ya la Duquesa Doña Beatriz, y ya el Marquès Don Manuel de Moura, su hermano, no se halla, que pecassen por falta de solemnidad, y substancia de la orden de los juyzios, pues fueron â ellos muy arreglados, y claros en su contenido, y vnicamente mirò â manifestar vno, y otro los creditos, que deducian contra los bienes libres, que avian quedado del Duque Don Fernando, sin extenderse â mas en la conclusion de sus pedimentos, y en la serie de ellos, para que quiera dezirse, que tacita, y virtualmente quedò comprehendido, en que en defecto de bienes libres, se condenassen los del Estado de Alcalà, en fuerza de la obligacion subsidiaria, y de indemnidad, y totalmente condicional, â que se afectaron en virtud de la facultad Real limitada, que para en este caso se avia impetrado, y conseguido.

86. Lo que dize Morla *in Emporio Iuris. tit. 9. quæst. 22. num.* 5. cuyas palabras vienen copiadas: No nos oponemos â su opinion, antes en todo se le sigue, pues lo que afirma, es, *quòd Iudex non valet iudicare super materia non tractata*: Conque no aviendose tratado, ni ventilado en todos los autos de el concurso hasta la Executoria nada tocante â los bienes, y rentas del Estado de Alcalà, no podemos salirnos de la regla de la ley: *Vt fundus.* 18. *ff. Comm. divid.* En razon, de que el Juez *vltra petita â partibus, & in iudicio ventilata, non debet sententiam proferre.*

87. Los dos lugares de Matienzo, y de Gutierrez, que

de

de contrario se traen â el *num.* 50. vàn hablando en terminos de la ley citada del Reyno; y dizen lo proprio, que và explanado, de que *attenta veritate probata in actis, & inter partes controversa,* puede el Juez sentenciar, y es valida su determinacion, aunque en el orden de el juyzio falten algunos de los requisitos, que antes de su promulgacion se tenian por de substancia: Porque la ley solo mirò, â que no se atendiesse â sutilezas, ni formalidades en el orden del juyzio; sinò el que *attenta veritate* alegada, controvertida, y probada, se hiziesse, sin que estos defectos induxessen nulidad alguna.

88. Vltimamente, no es *extra rem* el lugar, que se citò D. Castill. en el *tom.* 5. de sus controversias, 2. *part. cap.* 104. *num.* 32. (si bien, el que se puso en el manuscripto antes de la impressìon era el *num.* 29.) por que lo que en este *num.* este Autor dixo, hablando, sobre sì en el caso, que propone, podia tener lugar, ô no, la excepcion de cosa juzgada, es lo siguiente, ibi: *Hoc enim potissimum in exceptione rei iudicatæ est, vt totum à causa, id est, ab origine petitionis pendeat*; y concluye: *Si alia est origo petitionis rei iudicatæ, non obstat exceptio, & dicitur diversa res: & è contra, si verè agitur de re diversa, sed eadem est origo petitionis, dicitur per interpretationem eadem res, & rei iudicatæ obstat exceptio; vt probatur in leg. Si Mater. de exceptione rei iudicatæ*: Y para ello cita distintos consejos de Ponte, de Surdo, y de Lanario.

89. Conque si, segun esta doctrina, *totum pendet ab origine petitionis*, para que obste, ô no la excepcion de cosa juzgada, no podrà obstar â el Estado de Alcalà, que en la Executoria de graduacion se le reservasse al Marquès de Castel-Rodrigo el derecho à salvo, para que no pudiendo cobrar de los bienes libres del Duque Don Fernando los 50U. ducados, que con facultad Real se impusieron, siguiesse su justicia contra los bienes vinculados del dicho Estado, quando en su primer pedimento, *cùm totum pendeat ab origine petitionis*, ni en toda la serie del pleyto del concurso, tal cosa pidiò el dicho Marquès, ni se controvirtiò entre las partes: conque el lugar del referido Autor es bastantemente aplicable, y no se debiera de contrario suponer, que se le olvidaba, ô que, como de proposito, se hazia olvidadizo.

SATISFACCION, QUE Dà EL ESTADO DE Alcalà â la respuesta de el Marquès, Principe Pio, en su papel de replicato, sobre las alegaciones, y medios, que contuvo el primero en el segundo Articulo.

90. PArecióle â el Estado, que â el Articulo segundo, que el Principe Pio expuso en su papel, para convencer (como dize â el *num.* 4.) estàr legitimado su derecho, y persona, y el averse hecho legitima excussion en los bienes libres del Duque Don Fernando, sin embargo de las alegaciones de el Estado de Alcalà, tocaba dàr satisfaccion, y que esta se aclararia en los tres medios, ô defensas, en que el Estado dividiò su papel, comenzando por la primera, sobre la manifestacion de estàr pagada la dote, y arras de la Duquesa Dña. Beatriz, con la diferécia solo de 5U387. ducados, y tres rls. de vellon, en las partidas, que por menor, y con bastante claridad se refirieron, y que para exclusion de este corto resto, avia el mucho caudal, y efectos, que en la segunda defensa se expusieron, arreglandose â el hecho del pleyto, que refiere el Memorial formado por el Relator. Poniendo por tercer medio, y defensa no aver constituìdo â el Estado en mas obligacion, por la vinculacion, que en las capitulaciones matrimoniales de la Duquesa Doña Beatriz con el Duque Don Fernando se hizo, que la que se contuvo en la facultad Real, expedida para obligar sus frutos, y rentas, en defecto de bienes libres del Duque D. Fernando, à la restitucion de 50U- ducados; los 40U- de parte de la dote, compuestos 20U- en el juro de Almojarifazgo, y los otros 20U- de las joyas, y presseas, y los 10U- ducados restantes de las arras; cuyos 50U- ducados eran los que quedaban libres de la referida vinculacion para la Duquesa, y sobre que no cayò el gravamen, que el Principe Pio refiere en su primera alegacion, ni podia ser de substancia para con el Estado de Alcalà, siendo el intento de este, hazer separacion de medios, y defensas, para que con mas facilidad se comprehendiesse la razon, y fundamentos, que le assisten, y la exclusion del derecho deducido por el de Castel-Rodrigo, y el Principe Pio, su posseedor.

Pe-

91. Pero aviendo visto el papel de su respuesta, y replicato, ha hallado, que se le sindica, por no aver observado en la respuesta de su primero el metodo, que llevò el Principe Pio en el suyo, por no aversele respondido en este Articulo numero por numero, y punto por punto, quando esto no se tuvo por necessario, si ceñir, y contener la respuesta en lo substancial de el derecho, que se controvierte, y en lo conducente â èl, omitiendo las varias questiones, q̃ se han movido, para formalizar los Articulos, que se han intentado en el pleyto, sobre la imputacion, ô exclusion de las partidas cobradas por la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, y el Duque de Montalto, Principe de Paterno, su yerno, por sì, y como marido de Doña Maria Enriquez de Rivera, hija del Duque Don Fernando, y en quien recayò por su muerte el Estado de Alcalà, y tambien cobradas por otras personas, â mas de las partidas, que minoraban la dote, y se manifestaron, y expressaron en la primera defensa, y medio de este Articulo.

92. Sin que aya sido el intento de el Estado de Alcalà introducir confusiones, como el Marquès, Principe Pio alega en su papel, ni sus Abogados lo harian, si deshazer, y aclarar en el hecho, y en el derecho, las que se han cumulado por el Marquès de Castel-Rodrigo en los autos, para hazer obligados los frutos, y rentas de el de Alcalà, que à el Marquès de Priego, su posseedor actual, tocan, como successor particular, y sin causa, ni titulo, que no tiene, ni ha tenido del Duque Don Fernando, ni de sus herederos, y successores.

93. Y para que no se buelva â dezir por el Principe Pio, que no se guarda por el Estado de Alcalà el orden, que observò, y llevò en su primer escrito, se le responde, y satisface por el mismo, en este segundo papel, en lo perteneciente â sus alegaciones, y respuesta, que en su segundo ha dado à el de el Estado, si bien, reservando para el tercero Articulo la question de la excussion, como se hizo en el papel antecedente, por depender este punto, y question de el auto de execucion, que obtuvo el Marquès de Castel-Rodrigo, declarandose en èl, estàr hecha la excussion en los bienes libres del Duque Don Fernando, fol. 86. del Memorial, y de que el Principe Pio hablò en el tercero Articulo

de-

de su alegacion, y â que por el Estado se le respondiò en ambos medios de excussion, y execucion en el mismo Articulo.

94. Y viniendo â la question del pacto reversivo, de que por el Principe se hablò en la alegacion primera de el Articulo segundo, y por el Estado se le respondiò en la defensa tercera de el mismo Articulo, se lo excluye, en quanto pueda perjudicarle para la aplicacion, ê imputacion de partidas, que hà opuesto para la evaquacion de la dote, y no dàr diferencia, ni hazer division en ella entre la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos; y el Estado de Castel-Rodrigo, como este ha pretendido, para sacar por este medio indemnes los 50U- ducados, que dize, le tocan; y no perjudicarle el hecho de la Duquesa, â que bastantemente diò satisfaccion el Estado en el progresso, y discurso de los tres medios, y defensas, y en especial desde el *numero* 101.

95. Reduciendose el concepto de la de el Estado en este punto, por lo que tiene alegado difusamente en los autos, y con particularidad en el pedimento de suplicacion, y expression de agravios de el referido auto de execucion fol. 87. y 88. de el Memorial, que aviendo sido la dote constituìda en pago de legitimas, y à cuenta de ellas, no se le pudo gravar con la restitucion de los 50U- ducados para el de Castel-Rodrigo, muriendo sin hijos, ni descendientes legitimos, siendo nulo, ê invalido, el que se puso, y mas aviendo tenido hijos la Duquesa, à los quales dotò con el Duque su marido viviendo, como pudieron, por ser dueños del caudal de los 100U- ducados de la dote, y entonzes sin calidad, ni gravamen por tener hijos, y disponer de dicho caudal â su voluntad, bastando, que se verificasse en qualquier modo, y tiempo la condicion, ô qualidad de tener hijos; y que *per momentum duraret* para la exclusion del gravamen. *Ex leg. Siquis hæredem. Cod. de instit. & substitut. & satis esse conditionem semel impletam esse, licèt implementum non duraverit*, y â el tiempo de la muerte de la Duquesa no huviessen quedado, quando yà por el hecho de averlos tenido avian hecho suyos los bienes, y caudal de la dote, y convertidolo en parte considerable en la dotacion de los mismos hijos, cuya superveniençia borrò, y hizo caducar el pacto

re-

reversivo, y adquirido las hijas dotadas las porciones, q̃ se les constituyeron por los Padres, q̃ es caso distinto del que por el Principe Pio, en su primer papel se pretendiò fundar en la alegacion, que hizo, sobre la caducidad, yendose con la regla general, de que por la condicion *si sine liberis decesserit*, que dize, verificada con la muerte de la Duquesa Doña Beatriz sin hijos, se le adquiriò â el Estado de Castel-Rodrigo la mitad de la dote, sin hazerse cargo de las que avia constituìdo con el Duque Don Fernando, quando los tuvieron, y que la misma Duquesa, muerto yà el Duque, fue la que procediò contra los yernos â la cobranza, y reintegracion de las dotes, por ser la parte formal, â quien tocaba cobrarlas, y ponerles cobro, quedando en ella la obligacion, quando alguna se considerasse por razon del dicho pacto, y con cuyo conocimiento obrò la Duquesa, dando â la Marquesa de Molina 30U- ducados en partidas conocidas de los bienes de su dote, y tambien â Doña Maria Enriquez de Rivera, que casò con el Duque de Montalto, Principe de Paterno, las porciones, bienes, y alhajas, que en la tercera defensa se han expressado, enagenando otros bienes, recogiendo, y poniendo cobro â los que el Duque D. Fernando dexò, y teniendo derecho la Duquesa, y el Estado de Castel-Rodrigo (en caso de subsistir el pacto) â los frutos, y rentas, que la Duquesa Doña Maria, y el Duque de Montalto, su marido percibieron, no solo por lo respectivo â su tiempo, sino tambien â el de el Duque Don Fernando, pudiendo ser solo la controversia entre el Estado de Castel-Rodrigo, y la Duquesa Doña Beatriz por el referido pacto, pero no pàra con el Estado de Alcalà, cuya obligacion de sus frutos, conque se le gravò por la facultad Real, fue en favor de la Duquesa, y por lo tocante à 40U- ducados de su dote, y 10U- de las arras, que le quedaban libres de la vinculacion, que por otra facultad Real se hizo por el tiempo del matrimonio.

96. Y assi fundò la exclusion del referido pacto con la *ley: Quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testam.* desde el *num. 97.* con los fundamentos de Pedro Barbosa, Rodrigo Suarez, y demàs, que refiere, assentando por conclusion lo invalido del pacto, aunque huviesse avido consentimiento de la Duquesa Doña Beatriz con juramento, tanto por la resistencia, y repugnancia de la ley, quanto tambien por la lesion, q̃

con-

contuvo, no pudiendose tener esta por alegacion de tercero, quando â el Estado de Alcalà se le reconviene por la paga de los dichos 50ЦЦ- ducados, y como interessado, y en quanto le pudiera perjudicar, puede oponer, y vsar de los medios legales para excluir la accion, para que hazen los fundamentos del señor Salgado *part. 2. Labyr. cap. 22. â numer. 62.*

97. Y aunque por el Principe Pio, en su respuesta, impugna por poco ciertas las autoridades, que por el Estado de Alcalà en este punto se expusieron, para fundamento de la conclusion de el Estado, *super invaliditate pacti*, deduciendola à su favor el Principe Pio, por el consentimiento jurado, que prestò la Duquesa, contra que dize no averse quexado, ni reclamado. Se le excluye este intento, y satisface, tanto con lo que està dicho por el Estado en su primero papel, quanto tambien, por no ser tan absolutas las resoluciones de Menochio, Barbosa, Julio Caponio, Cancerio, y el Cardenal de Luca, en los lugares, que cita; y tener varias limitaciones, que dàn estos mismos Autores à la regla de hazer valido el pacto por el consentimiento dado por la muger para la reversion de la dote en todo, ô en parte, en el caso de constituìrla los Padres, siendo estos los mismos, que lo estipularon, y quando se hizo el consentimiento por menor, y sin cierta ciencia de lo que consentìa, y por la contemplacion, y atencion reverencial de los Padres, y lesion, que se le inferìa, sin ser necessario fuesse enormissima, pues para el caso basta la enorme, de cuyas circunstancias, y otras, que los AA. dexan à el arbitrio de los Juzgadores, no se haze cargo el Principe Pio, en la respuesta de su papel, quando los mismos Autores, en que la funda, las explican, ya sea quando la misma dotada lo pretende, ô ya quando su heredero lo deduce; con que con mucha mas razon lo harà el tercero, quando por dicho pacto reversivo se le quiere inferir perjuyzio, constituirsele en mas obligacion, ô elidirle las excepciones, que podia oponer, cum D. Salg. *vbi supra.*

98. Este discurso se comprueba con el 155. de el Cardenal de Luca en su tratado *de dote*, y â que se remite en los 90. y 91. antecedentes, que por el Marquès, Principe Pio, se traen en su papel desde el *num. 61.* y cita â el *num. 63.*

pa-

para probar, que siendo el pacto reversivo por muerte de el marido es nulo, por quedar la muger indotada, y siendo reducido â la muerte de esta, es valido, como expressamente lo consienta.

99. Pero para recaer en esta regla, y conclusion el Autor referido â el *num.* 25. dexa propuestos varios casos, en punto de constitucion de dote con pacto reversivo; quando se ponen en bienes proprios de la dotada; quando en dote constituìda por el Padre *in contractu matrimoniali, qui in eiusdem Parentis vita effectum habiturus sit*; quando es constituìda por el Padre *per vltimam voluntatem*, ô por contrato, que no avia de tener execucion, *nisi post mortem*; quando se constituye por hermanos, muerto el Padre, ô por la Madre, û otros, *in quorum bonis dotata ius habet legitimæ assequendæ*; y vltimamente, quando es constituìda por conjuntos, ô estraños, *à quibus dotata nullam legitimam prætendere poterat*; y discurriendo por cada vno de los casos, asienta, y supone por fixo, y cierto con Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsump.* 10. Pedro Barbosa *in leg. Quæ dotis.* 34. *ff. Solut. matrim.* que tambien se citan con otros, que estos AA. traen, por el Principe en su papel: que entonzes tiene lugar el pacto reversivo, quando el consentimiento se presta por la muger expresso, y sin el riezgo de quedar indotada, es mayor de 25. años, y acepta el pacto, y gravamen espontaneamente, y con conocimiento cierto de la calidad de la estipulacion, y pacto, y efecto, que de èl ha de resultar, siendo cerciorada de todo, *vt dignoscatur tunc animus consentiendi, & donandi; aliàs, si mulier est minor, cui consentire, vel donare non permittitur*, y no consta de estàr bien cerciorada, y entendida de el pacto, y gravamen de la dote, *quæ succedit loco legitimæ*, y hazerlo con voluntad espontanea, y no por contemplacion, y atencion de sus Padres, ô de aquel, â cuyo favor se hizo la estipulacion; entonzes es insubsistente, ê invalido el pacto, yà sea reclamandolo, y protestandolo la dotada en vida de el dotante, superviviendole este, ô yà *post mortem illius*, y quando la dote constituìda no excediò de la quota de sus legitimas, como desde el *num.* 6. el Cardenal de Luca *in dict. disc.* 155. lo expone.

100. Y en el *n.*7. las conjeturas, q̃ excluyen el pacto, y el cõsentimiento de la muger, y animo de donar en todo, ô en

par-

parte de la dote, sobre q̃ se constituyò el gravamen, repitiẽdo à el *n.* 21. *Quòd cùm mulier proprium consensum accomodat pro pacti observantia, pro validitate respondendum videtur, etiam in ijs casibus, in quibus propter legitimæ privilegium, vel ratione iuris quæsiti invaliditas, ac inefficacia firmata fuit*; pero que esto se entiẽde, quando ay consentimiento expresso, *& non meticulosus, aut aliàs à iure reprobatus, seu talis, quòd non comprehendat casum controversum, id autem non respicit regulam generalem, sed potiùs limitationes, & sic ista est vna de limitationibus ad conclusionem onerum exclusiva*; passando â el *num.* 23. versic. *Verùm adhuc*, â declarar la *decis.* 196. de Franch. que impugnò el pacto, *etiam consentiente muliere*, para que proceda la opinion de este Autor, y su decision, *quando adsit adminiculum, quòd mulier in fide Parentum, absque certa omnium capitulorum scientia, præsertim circa hæc pacta, generalem consensum accommodaverit*; y en el *num.* 25. en que pone el Cardenal de Luca la limitacion de la regla, de que por el consentimiento de la muger, se admite el gravamen, y pacto perjudicial â la dote, *quæ loco legitimæ succedit*, dize en el versic. *Quare*, que no basta la acquiesciencia, y no contradiccion de la muger, *ad deducendum consensum approbativum, sed verum est, vt mulier certam, explicitamque scientiam habuerit pacti prædicti.*

101. Et reflectendo ad casum nostræ controversiæ, siendo, como era, la Duquesa Doña Beatriz menor de 16. años, quando casò con el Duque Don Fernando, y se hizieron las Capitulaciones matrimoniales para el matrimonio, como de el contexto de los autos consta, y de el instrumento vltimamente presentado por el Estado de la venta de los 20ꝧ- ducados de el juro de Almojarifazgo, que el año de 1599. hizieron, y estando debaxo de la patria potestad de los Marqueses de Castel-Rodrigo sus Padres, que en dichas Capitulaciones matrimoniales intervinieron, y fueron los que las dispusieron, y el pacto, y gravamen reversivo de la mitad de la dote, que por sus legitimas le constituyeron, para que muriendo sin hijos, quedassen â su Estado de Castel-Rodrigo, y prohibida de disponer de dicha mitad, se entiende, y presume, que sobre la menor edad, que anulaba el consentimiento, no fue cerciorada real, y verdaderamente de el efecto de el gravamen, y pacto, esto es, entendiendo, y comprehendiendo, lo que contenia, aunque el ins-

instrumento de las Capitulaciones lo refiera, y que no fue explicito, y espontaneo el consentimiento, sino por atencion, y respecto de sus Padres, que lo ordenaban, y â que no era dable se opusiesse la hija, ni en el mismo acto, ni ex postfacto, viviendo los Marqueses sus Padres, en cuyo tiempo, ni en el de su vida, la Duquesa hizo acto de acquiescíencia, y ratificacion de el pacto, aun siendo mayor de 25. años.

102. Y antes si lo contrario, pues constituyò con el Duque Don Fernando su marido las dotes tan considerables de sus hijas Doña Maria, y Doña Ana de Rivera de mas de 100ij- ducados cada vna, y mas de 14ij- que â la vltima por aumento de dote le dieron, y saliò la Duquesa â este concurso â deducir, y pedir integramente su credito dotal, como por el Estado se expressò â el *num.* 99. de su papel, teniendose, y considerandose por dueña de la dote, y esta sin el gravamen, y pacto de reversion en la mitad, de que como invalido no tuvo consideracion, y atencion para su arreglamento.

103. En cuyos terminos, hablando el señor Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 3. que tambien se cita de contrario de las renunciaciones, y passiones *in vita Parentum* hechas, resuelve *num.* 21. que siendo hechas por menores de 25. años, aunque sea con juraméto, se rescinden por la lesion enorme vltra dimidiam; y â el *num.* 34. *Quòd si Parentes in persona filii maioris natu primogenium instituere vellint, filiisque dotem, atque alimenta competentia assignaverint, ipsique filii consultò, gratuitèque, & spontè, atque citra metum, & coactionem Parentum hæreditati renunciaverint, testamentumque eorumdem, iuramento præstito, approbaverint, nullam in hac re læsionem prætendere poterunt:* De suerte, que para no poder los hijos invalidar la renuncia, aun siendo mayores, y que no puedan deducir contra ella el remedio de la lesion, es necessario, que la hagan consultò, y con voluntad gratuìta, voluntaria, y libre; conque con mucha mayor razon, siendo menor, ha de proceder en la aceptacion de el gravamen, y pacto reversivo de la dote, que en quanto comprehende la quota de sus legitimas, no se le puede, ni debe gravar â la hija; y en la misma conclusion vàn D. Castill. *lib.* 3. *Controv. cap.* 2. *ex num.* 60. y los demàs, que citan los Addentes de el señor Molina en este mismo lugar, conviniendo con el Cardenal de Luca, *vbi supra*;

pra; y esto en los terminos de dirigirse la reversion per mortem mulieris.

104. Y debaxo de este concepto fundò el Estado este medio, y defensa, para invalidar el pacto de las Capitulaciones matrimoniales de la Duquesa Doña Beatriz, y refiriò la opinion, y conclusion de Pedro Barbosa, por lo que hazia este, y los demàs AA. â el caso de el pleyto, sus circunstancias, y qualidades, que concurrieron en las Capitulaciones matrimoniales de la Duquesa, que vàn mencionadas, y respecto de la calidad de las personas, le hazia nulo, ê ineficaz, y mas con lo executado en el tiempo del matrimonio de la Duquesa en las dotes, que constituyò â las hijas, y accion, que intentò para la reintegracion de su dote en este concurso, sin aver hecho acto positivo contrario, como el q̃ intervino con la cierta ciencia del gravamen en el caso, que refiere Cancerio *part. 3. variar. cap. 2. à num.* 200. que se cita por el Principe Pio à el *num. 66.* de su papel, para hazer necessaria lesion enormissima, *cùm filia, post mortem Matris renunciantis, venit contra eius renunciationem, quando ipsa in vita sua de ea conquæsta non fuit*, y hizo actos positivos de la aprobacion de la renuncia; y sin ellos, quando *aliàs expressè de sua voluntate apparet, posset hæres, ratione enormis læsionis dictum factum defuncti impugnare*, como lo concluye idem Cancer. *num.* 205. y en que tambien và Fontanel. *de pact. nup. clauf. 5. glos.* 10. *part.* 1.

105. Y consistiendo el pacto reversivo, que en las capitulaciones matrimoniales de la Duquesa se puso, en cantidad de 50U- ducados de los 100U- de la dote, entregada à el Duque Don Fernando, en censos, juros, y alhajas, que por la Executoria litigada en el Consejo de Lisboa, se reduxo â 93U- ducados, declarandose en el resto la inoficiosidad, es la lesion vltra dimidiam, que junta con la menor edad de la Duquesa tempore contractus, y demàs circunstancias referidas, lo invalidaban, y hazian ineficaz para con el Estado en lo tocante â la obligacion, conque se le gravò de sus frutos, y rentas para los 50U- ducados de dote, y arras, que quedaron libres â beneficio de la Duquesa, y à cuya cuenta, y pago se debian, y deben aplicar, como obligacion mas gravosa, y de fianza, y està fundado en el primer papel, por su parte hecho, *num.* 84. y en este se ha repetido.

106. Y con mayor razon en los 7U- ducados, restituidos por el Duque Don Fernando en fuerza de la Executoria de la inoficiosidad, y cedidos por el Marquès de Castel-Rodrigo â la Real hazienda; y por esta cantidad, que es la que componen los 2. qs. 601U224. maravedis, impuso censo, como consta de la escriptura presentada, y referida *num.* 34. del Memorial, conque, como pagada, minora la dote, y la obligacion del Estado, â que se debe aplicar con las demàs, que se han opuesto.

107. Y recurriendo â dàr solucion â el argumento, que se haze con los dos lugares de Pedro Barbosa, y Julio Caponio, por el Principe Pio, desde el *num.* 59. para refutar lo que por el Estado se dixo en el *num.* 97. y 98. le es preciso referir lo que Barbosa expressa en ambos lugares, aunque con tanta variedad de especies, explicaciones, y limitaciones.

108. Dize en la 1.*part.*de la *ley 2.ff.Solut.matrim.* desde el *n.* 141.tratando de la tercera limitacion de la regla de esta *ley* 2. *Quòd soluto matrimonio dos sit restituenda vxori*, que no procede, quando â el tiempo del contrato matrimonial se pactò, que suelto el matrimonio lucrasse la dote el marido, que entonzes no se le puede precisar â su restitucion, sino retenerla por razon del pacto, y para q̃ distingue dos casos; el primero, quando el pacto fue de reversion de la dote, por muerte del marido â sus herederos, *& tunc nõ valet*; y amplìa este primer caso de la insubsistẽcia del pacto, aunque queden hijos del matrimonio, y tambien, *quando Pater pro muliere dotem dedit*: refiriendo dos opiniones, y llevando la conclusion de su ampliacion sobre la invalidacion de el pacto, y satisfaciendo los fundamentos de la contraria, que el vno de ellos es el de la *ley*: *Cùm dos in principio.de pact. dotal.* para que el Padre pueda poner el pacto, que quisiere, como de el no se siga indotacion â la hija, y para cuya comprobacion explica la *ley*: *Aliud est. eod. tit.* En que se dispone, que el pacto puesto por el Padre, *vt dos vlteriori die reddatur, censetur invalidum: Ergo à fortiori non valebit, si contineat, quòd dos soluto matrimonio omnino non reddatur, & textus probat pactum prædictum non nocere filiæ, etiam si Patris hæres extiterit, nisi ipsa quòque pacto expressum consensum adhibuerit*; y con la solucion, que â la *ley*: *Aliud est.* dà Fulgosio, deduce Barbosa la conclusion, *quòd tunc* *de-*

demum hæres non potest venire contra factum defuncti, quando fundaret se in iure hæreditario, & quod ei competit ex persona defuncti; sed si nitatur proprio iure aliunde habito, poterit venire contra factum defuncti. Y continùa dando inteligencias â esta conclusion, y para dàr Barbosa su dictamen, supone, que aunque qualquiera puede renunciar su proprio favor, *tamen favore dotis dispositum est, quòd mulier non possit renunciare suo favori in præiudicium dotis.*

109. *Ex quibus præsupositis inferendo ad intellectum dict. leg. Aliud est. dicendum est, quòd ideò filia potest venire contra factum Patris; quia illud erat præiudiciale doti, in quo ipsa non poterat consentire, etiam expressim: Ergo neque tacitè, neque fictè; nam quod non fieri potest expressim, neque etiam tacitè, sive fictè. leg. Sed si vir. §. Si vir vxori. ff. de donat. int. vir. & vxor. & aliis.* Y de cuyos fundamentos deduce, la que llama conclusion notable, *quòd hæres non teneatur servare pactum Patris, quando est positum super re, in qua hæres expressè consentire non poterat propter legis resistentiam*; mediante que en este caso cessa la razon de la *ley: Si ab eo. Cod. de liber. caus.* Y lo comprueba con la doctrina original de Bartholo *in leg. Post mortem. num. 1. de adoption. quòd si quid est prohibitum in favorem alicuius, is poterit venire contra factum suum*: Limitandolo en el menor, â quien es prohibido renunciar su proprio favor, y puede venir contra su proprio hecho, y contra el de el defunto de quien fue heredero, que es el mismo concepto de el Cardenal de Luca, *vbi suprà.* Y aviendo sido â principio nulo el consentimiento, quedò por consiguiente nulo, ineficaz, ê invalido el pacto reversivo, y subsisten los fundamentos, que el Estado traxo, aunque succinta, y laconicamente en su primer papel.

110. Y aun Barbosa, sentada su opinion, passa â concordar las demàs de la conclusion, que và referida, *quòd hæres potest venire contra factum defuncti ex iure proprio*; concluyendo, que entonzes puede venir contra el hecho del defunto, quando no pudo consentir el pacto; y que si la hija lo consintiò, y fue heredera del Padre, no lo puede impugnar, por no considerarse perjuyzio en la dote, que avia de resarcir, y resarcia con la herencia: y no aviendo, en el caso de esta controversia, sido la Duquesa Doña Beatriz heredera de los Marqueses de Castel-Rodrigo, sus Padres, autores del pac-

to reversivo, ni hecho mas acto positivo de consentimiento, que el de las dichas capitulaciones, y recibo de dote, en que consistiò el gravamen, perjuyzio, y nulidad, podia la dicha Duquesa, y su heredero oponerse â el pacto; y sino lo ha hecho, por concurrir en èl la personalidad de successor de Castel-Rodrigo, â cuyo favor se puso, para lucrarse con los 60ȣ- ducados, que ha pretendido por el dicho su Estado, y huir la imputacion, y aplicacion de las partidas, que por el Estado de Alcalà se le oponian â la Duquesa, para la exclusion, y pago de su dote, no puede perjudicar â el Estado de Alcalà, y mas quando la Duquesa Doña Beatriz saliò deduciendo todo el credito de la dote, y arras en este concurso, que es acto contrario â el del asserto consentimiento de las capitulaciones, y en cuya pretension, y demanda aceptada, y contextada por el Estado de Alcalà, no pudo variar, ni reformar la Duquesa, como està fundado en el primer papel.

111. Y lo hizo en las tres partidas, que compusieron los 50ȣ- ducados, que quedaron libres â la misma Duquesa; 20ȣ- en el juro de Almogarifazgo, 20ȣ- de las joyas, y los 10ȣ- de las arras, para cuya seguridad, ê indemnidad se avia ganado la Real facultad, para que recayessen en el Estado de Castel-Rodrigo, y Don Manuel de Moura, su hermano, y posseedor, y que saliesse â pedirlos; quando, ni entonzes avia llegado el caso de su muerte, ni podia hazer aplicacion de estas partidas â dicho Estado de Castel-Rodrigo en perjuyzio de el de Alcalà, estando pagada yà de el todo de los 93ȣ- ducados de su dote, y extinguido la obligacion subsidiaria con todas las partidas, expressadas en la primera, y segunda defensa de su primer papel en este Articulo, y que se bolveràn à referir en su satisfaccion, y con la de los dichos 7ȣ- ducados declarados *suprà num.* 105. y para evadir por este medio de separacion la Duquesa la imputacion de dichas partidas, de que se le avia de hazer, y hazia cargo legitimamente, como enagenadas, y dadas â las hijas, y percebidas por su parte, siendolo legitima por todo lo discurrido en el primer papel de el Estado de Alcalà, y por lo que en este se funda, para excluir la dicha separacion fraudulenta de la Duquesa, bastandole â el Estado de Alcalà el pedimento, y demanda de la Duquesa, para oponer las legitimas

timas excepciones, que le competian, y evaquar la controversia del ius quæsitum, ô quærendum, que el Principe alega, y repite con el señor Salgad. *dict.2. part. cap.* 14. cuya regla limita desde el *num.* 123. con D.Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 102. y D. Larrea *decis.* 55. *num.* 14. quando fraudulentamente no se acepta, ô renuncia el derecho, ô quando despues de deducido, se cede, ò renuncia en favor de Parientes, para que estos lo deduzgan, ô prosigan: Y por estàr alegado en los autos, lo ha expressado el Estado, arreglandose à el hecho, que refiere el Memorial, â mas de no aver cesion de la Duquesa, ni derecho, conque convenirle, como en el Articulo quarto, Punto quarto, se manifestò, y abaxo en el mismo Punto, y Articulo se bolverà â hazer.

112. Sin la implicacion, ni contradictoria, que el Principe Pio dize â el *n.* 139. del suyo, aver, y contener en las defensas del de Alcalà, segun las hechas desde el *num.* 96. en el Articulo segundo; y en dicho Articulo quarto, Punto quarto, pues en la primera se dirigiò â la exclusion del pacto reversivo de la mitad de la dote de la Duquesa Doña Beatriz, en quanto pudiesse ser perjudicial â el Estado de Alcalà, yà que no se extendiò la obligacion subsidiaria, para que se obtuvo la facultad Real, y como aora se repite en este papel, y medio, sobre que se và satisfaciendo: Y en la segunda defensa, y medio del Punto quarto, Articulo quarto, se dirigiò â la exclusion de los intereses, y reditos, que el Principe Pio pretende por aquel mismo medio de separacion del importe de dichas tres partidas, importantes los 50ꝉ-ducados, atribuyendo à la Duquesa Doña Beatriz la disposicion de la agregacion de ellos â el Mayorazgo de Castel-Rodrigo, por cesion ipso iure, q̃ dize tener, y competirle, y por irle consiguiente en su respuesta, y elidirle la aplicacion de los fundamentos, de que pretendiò valerse, y con mayor razon en su lugar se le repeleràn; y no por averse olvidado de lo dicho desde el referido *n.* 96. como se le arguye de contrario, para sacar la contradictoria, que dexa â el Superior juyzio, y aprecio de la Sala, sin atender, à que compitiẽdo ambas defensas â el Estado de Alcalà, vsò de ellas, para que se tuvieran presentes por la Sala, y entenderse hecha la segunda, sin perjuyzio de la primera, y debaxo de cuyo concepto se haze, y continùa la satisfaccion de este papel.

Y

113. Y passando â el segundo lugar de Barbosa en la 4. *part.* de la *ley* 1. *num:* 136. en que hablò, de quando el hermano està obligado â dotar la hermana de bienes comunes, no puede ponerle pacto de reversion, pero quando lo haze de suyos proprios, lo puede poner; y en que entendiendo, y explicando diferentes textos afirma, que quando la hija dotada se excluye de la succession paterna, entonzes, como succede la dote loco legitimæ, no puede aver pacto de reversion, y prosiguiendo dize: *Ex his venit explicandum, quod tradit Paulus,* que si el hermano dota â su hermana de sus proprios bienes, entonzes puede poner el pacto de reversion, pero si la dota de bienes comunes, no valdrà el pacto, por la parte, que le pertenecia â ella, sino es que lo consienta (esta es resolucion de Paulo, y no de Barbosa) y assi prosigue el mismo Barbosa resolviendo, que quando se dota de proprios bienes, no se le puede poner pacto, *si dotem ex necessitate legis præstitit*; y que este consentimiento, aunque lo preste la hermana, y concurra à el pacto mismo, no se entiende, que lo haze animo donandi: *Vnde non obstante* esta estipulacion, puede disponer libremente la muger de la dote, y esta es la opinion de Barbosa, y conque conviene el lugar antecedente, y las palabras, q̃ se entresacan por el Marquès, no son de Barbosa, sino de Paulo, â las quales le dà la inteligencia en la forma referida: Conque queda comprobado el fundamento legal, que el Estado de Alcalà expuso para su defensa en el tercero medio de su papel.

114. Sin que adelante mas el Marquès, Principe Pio, con la pregunta, que haze *num.* 70. de el suyo, sobre què contrato fue, el que celebrò la Duquesa con el Duque Don Fernando su marido en dichas capitulaciones matrimoniales, y à que concurriò el Estado, como su fiador, por lo tocante â el beneficio de su Mayorazgo? Que es como se haze en el numero citado: y â que responde con los AA. que en los antecedentes, y posteriores refiere, aver sido vna donacion inter vivos, y por esto irrevocable, y aunque se dize aver assistido el Estado de Alcalà, como fiador, por lo tocante à el beneficio de su Mayorazgo (ignorandose, en què consista el beneficio, quando lo que resultò de la concurrencia, fue quedar gravado en 50ᵽ- ducados de la dote, y arras, en defecto de bienes libres del Duque Don Fernando,

ſu poſſeedor, ſin percebir vtilidad alguna de la miſma dote) lleva yà reſpondido el Eſtado, de que, aunque ſe conſidere por donacion inter vivos, como eſtà (quando aſsi fueſſe) naciò de vn conſentimiento invalido, ê ineficàz de la Duqueſa del pacto reverſivo â ſus Padres, que fueron los eſtipuladores, y dotantes por cauſa de legitimas, ſin conſiderarſe por entonzes exceder la quota de ellas,aunque deſpues huvo la minoracion de los 7ʉ- ducados, por la inoficioſidad,que ſe declarò aver contenido,mirando los Padres eſtipulantes â ſu proprio beneficio, y el del aumento del Eſtado de ſu Caſa, en que intereſſe alguno tenia la Duqueſa de preſente, ſino ſolo vna eſperanza larga de futuro,en caſo de faltar las lineas de la varonìa, como no faltaron, y ſin adquirir la Duqueſa para sì mas que la dote, que ſuccediò en lugar de legitimas, no le pudo privar de la libertad, que tenia ella, y el Duque ſu marido de vſar de la dicha dote en todo, ô en parte, como les parecieſſe, por lo qual, y por la leſion tan grave, que contuvo el miſmo pacto, y renuncia, que reſpecto de la calidad de las perſonas, ſe tenia, y debia conſiderar por la baſtante para ſu invalidacion,aun no concurriendo la qualidad de menor, anulaba la donacion, y ſu irrevocabilidad, y excluìa el animo de donar, en que ſe fundan Menochio, y Barboſa en los lugares, que ſe citan, y arriba ſe refieren, y las limitaciones,ê inteligencias,que dàn â ſemejantes contratos.

115. Siendo diſtinto el caſo de aſsiſtir el eſtipulador ad ſtipulandum irrevocabiliter pro ſe ipſo, y por hecho ſuyo proprio, y ſin conſentimiento de la dotada, ô de la hija,reſpecto del Padre, que la dotò; ô quando la miſma hija, ô dotada pone à el Padre ad ſtipulandum pro ſe ipſa: porque en el primer caſo no ſe entiende, ni preſume el animo de donar de la hija, ſino que dependiò todo el hecho de la voluntad del Padre, en que ſe preſume aſſentir la hija por eſta miſma atencion, y reſpecto, y no por voluntad propria, y y eſpontanea, y â el contrario en el ſegundo, en que la hija es la que prepone à el eſtipulador, para que eſtipule por sì miſmo, y â ſu favor, que entonzes manifieſta la voluntad,y animo de donar, y es en los terminos, que habla Menochio *lib. 3. præſumpt.* 10. y Barboſ. *in leg. Quæ dotis. â num. 9. ff. Solut. matrim.*

116. Y como en el caso de dichas capitulaciones de la Duquesa, no prepuso ella â el Padre ad stipulandum, sino que los mismos Padres fueron los que por sì hizieron la estipulacion, como de las capitulaciones consta, queda sin duda ineficàz la estipulacion, y pacto reversivo, por el defecto de voluntad, y animo de donar de la Duquesa, y elidido el recurso contra los frutos, y rentas del Estado, por la obligacion subsidiaria, que quando subsistiesse, no estando pagada la dote, avia de hazerse la excusion formal de bienes libres del Duque Don Fernando, que no està hecha, ni sobre ella ay cosa juzgada, como en el Articulo tercero siguiente se expondrà, y en el papel primero està bastantemente exornado, sin que la question de caducidad, por la muerte de la Duquesa sin hijos, ni descendientes legitimos, necessite mas respuesta, que la que và dada en el *num.* 95. y por otros medios se avaqua la pretension del Principe Pio, Marquès de Castel-Rodrigo.

SATISFACCION A LA RESPUESTA DEL Principe Pio sobre la primera defensa hecha por el Estado, en orden à la legitimacion de los pagos, aplicados para la evaquacion de la dote de la Duquesa Doña Beatriz.

117. COnsiderò el Estado de Alcalà, que avia bastantemente manifestado en su primer papel, estàr reintegrado el credito de la dote, y arras de la Duquesa Doña Beatriz, con las partidas, que en el primer medio, y defensa opuso, y probò; y siendo este credito, porque se le conviene â el Estado, y porque el Principe Pio pide por el de Castel-Rodrigo, que goza, y por el de heredero de los herederos de la Duquesa, le formò la cuenta de su importe, que es de 103U- ducados, por baxarse los 7U- de la Executoria de la inoficiosidad, que despues de la graduacion se presentò en los autos del concurso del Duque D. Fernando, y estos juntos con las demàs partidas, que por menor se refirieron, componian la suma de 97U612. ducados, y 8. reales de vellon, quedando solo el descubierto en 5U387. ducados, y 3. reales de vellon, que eran los que se pudieran pedir, sino huviera las demàs partidas conside-

rables, q̃ en la defensa, y medio segundo del papel de el Estado, se expressaron, por averlas cobrado la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, oponiendoselas legitimamente, y sobre que se hablarà en el tercero medio de este papel.

118. Y siendo 50U- ducados los que se podian pedir â los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, y avian quedado libres à la Duquesa Doña Beatriz, 40U- de parte de la dote, y 10U- de arras, para que se expidiò la Real facultad, sin distincion, separacion, ni division entre la Duquesa Doña Beatriz, y el Estado de Castel-Rodrigo, y como (venerando la Executoria de graduacion) se quiso hazer, dando los 40U- ducados de parte de la dote â el Estado de Castel-Rodrigo, y los 10U- de las arras à la Duquesa, quando solo entre ambos pudiera aver la controversia, sobre la reintegracion de lo que â dicho Estado tocaba de la porcion de dote, y arras, pero no con el de Alcalà, cuyos frutos, y rentas se les gravò con la facultad Real, â favor solo de la Duquesa por dichos 50U- ducados, contra que nada se dize, ni responde por el Principe Pio en su papel, conteniendose en èl, en negar la certeza de los pagos, que por el Estado de Alcalà se refirieron.

119. Queriendo el Principe Pio inferir la negativa de los pagos, y su exclusion, *num.* 75. de su papel, de los fundamentos, que alega con el señor Castill. *lib.* 8. *Controv. cap.* 58. y 52. por el efecto, que obra el consentimiento, que la Duquesa prestò en la enagenacion de los bienes dotales, para no privarle de la reivindicacion de estos, si se llevaron à el matrimonio inestimados, y si estimados, la restitucion de su importe, y precio contra los herederos, y bienes del marido.

120. Sed ineptè quidem, para el caso del pleyto, pues por el Estado de Alcalà, teniendose presente la opinion del señor Castill. *vbi supr.* y la prohibicion de la enagenacion de los bienes dotales, constante el matrimonio, no se ha negado, ni impugnado; pero si la aplicacion â el caso, y terminos de el litigio, en los quales no hablan el señor Castillo, y demàs AA. que refiere en los lugares citados: de aver constitucion de dote con fiador, aunque este fuesse subsidiario, ni de estàr alzada la prohibicion de la enagenacion en todo, ô en parte con la facultad Real, y de que el

mis-

mismo Autor, y el señor Molina, y demàs trataron en otros lugares.

121. Y aviendose enagenado por el Duque, y Duquesa dos de las partidas de la dote; vna de 24ŋ- ducados de el censo del Estado de Maqueda, y otra de 8ŋ- parte de los 28ŋ- del juro de Almojarifazgo, y ambas aplicadas â la vinculacion vitalicia de los 60ŋ- en virtud de dos facultades Reales, que â pedimento de el Duque Don Fernando se expidieron con consentimiento de el Marquès de Castel-Rodrigo, su suegro, como se refiere â los *numeros* 13. y 14. del Memorial, y para los efectos, que contuvieron, y con la prevencion de aver el Duque de consignar efectos en el depositario general de esta Ciudad, y darle cesion, para que cobrasse en cada vno de los años, que contuvieron, con intervencion del Assistente de Sevilla, los dichos 32ŋ- ducados, y passado el tiempo assignado, quier estuviessen depositados, ô no, quedassen libres los bienes de el Estado, alzandose las hypotecas, y obligaciones, que este tuviesse; y aun en la enagenacion de los 8ŋ- ducados de el juro, otorgò fianza la Marquesa de Tarifa, Madre de el Duque Don Fernando, con hypoteca de vn censo de 76ŋ- ducados de principal; conque hasta en la cantidad de los dichos 32ŋ- ducados, quedò resuelta la obligacion del Estado, *vt colligitur* ex D. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 26. *&* 27. Y el mismo señor Castill. *dict. lib.* 8. *cap.* 58. *sub num.* 14. *versic. Et etiam improbari*: en que funda, que la prohibicion de enagenacion de los bienes de Mayorazgo, y de los demàs, que â iure, vel â lege la tienen, y en que se comprehenden los dotales, sobre que el señor Castillo và hablando, cessa, quando ay facultad Real, que la permite, y como las huvo para la enagenacion de los dichos 32ŋ- ducados, con la verdadera narrativa de ser partidas dotales, y assi como se gravò â las rentas, y frutos del Estado de Alcalà, hasta en la cantidad de los dichos 50ŋ- ducados de dote, y arras, que quedaron libres â favor de la Duquesa Doña Beatriz, con la facultad Real, que se expidiò; con otra igual se le libertò de la obligacion subsidiaria, y evaquò la question de enagenacion de bienes dotales.

122. Y como tambien procede para con la partida de los 30ŋ- ducados, conque concurriò la Duquesa Doña Beatriz

triz en la dote dada â Doña Ana de Rivera ſu hija, para caſar con el Marquès de Molina, ganandoſe facultad Real, para deſagregarlos de los 60U- ducados, que de la ſuya quedaron vinculados por el tiempo de ſu vida, como por el Eſtado ſe expuſo â *num.* 72. de ſu papel primero, y contra cuya partida tampoco ſe dize, ni opone por el Principe Pio en el ſuyo, conociendo, que ſin embargo de no tener la Madre obligacion de dotar la hija, por ſer eſto precipuo del Padre, *ex latè congeſtis* à Cyriac. *controv.* 295. *à num.* 39 Cardin. de Luca *de dote diſc.* 30. *num.* 5. D.Caſtill. *dict. cap.* 58. *ſub num.* 29. *verſic. Videamus nunc.* por la facultad Real, que para lo referido ſe obtuvo, ſe le imputa bien la partida â la Duqueſa Doña Beatriz, y aſsi ſe le aplicò por dicha Executoria de graduacion en cuenta de los 50U- ducados, que ſe le mandaron pagar.

123. Cuyas tres partidas, que componen 62U- ducados, minoran la dote de la Duqueſa, y extinguen el derecho, y recurſo para con el Eſtado de Alcalà; cada vna, por la razon, que contuvo la facultad Real, conque ſe enagenò, y excluìan, y excluyen la queſtion de la irrevocabilidad de la donacion, ô eſtipulacion, que el Principe Pio dize â el *num.* 86. de ſu papel, averſele hecho â ſu Mayorazgo por la eſcriptura de capitulaciones matrimoniales. Aun abſtrayendo de ſi es, ô no aplicable â ſu contexto, y lo pactado en ellas, y diverſidad de opiniones, que los AA. dàn en la reſolucion de la revocabilidad, ô irrevocabilidad, que exponen D.Larrea *deciſ.* 91. D. Olea *tit.* 2. *quæſt.* 7. y ſus addiciones, que cita en el miſmo numero; pues, como và fundado, no ſe puede conſtituir â el Eſtado de Alcalà en mas obligacion, que la que ſe le impuſo por la facultad Real, que, como â el *num.* 70. del primer papel de el Eſtado ſe expreſsò, ſiendo de eſtrecha naturaleza, no ſe podia extender expreſſa, ni tacitamente â mas de lo que contuvo, que fue gravar ſus frutos, y rentas, en defecto de bienes libres de el Duque Don Fernando, â favor de la Duqueſa ſu muger, haſta en la cantidad de 40U- ducados de la partida de juro, joyas, y preſeas, y 10U- de las arras, y en cuyas dos partidas, y ſu reſtitucion, y paga, podia ſer la controverſia; y dando el Eſtado pagados, no ſolos los dichos 50U- ducados, ſino tambien todas las demàs partidas, que componen la ſuma de los 97U612. ducados,

dos, y 8. reales de vellon, que vàn referidos, y percebidos, y enagenados por el Duque, y Duquesa, evaquaba la obligacion subsidiaria, y la que se le quiere cargar â el Marquès de Priego, Duque actual de Alcalà, en los causados, y que se causàren en el tiempo de su goze, que verdaderamente hizo suyos, y para cuya defensa vienen bien los fundamentos de el señor Molina, Castillo, y demàs, que tratan la materia, y el señor Olea, y sus Addi *tit. 6. quæst. 2.*

124. Y si fueron bien, ô mal vendidos, enagenados, y percebidos, durante el matrimonio de la Duquesa, y despues de la muerte de su marido, no es question para con el Estado de Alcalà, que no contratò, ni la facultad Real se expidiò para con el de Castel- Rodrigo, sino para con la misma Duquesa Doña Beatriz, para quien quedaban, y avian de quedar libres los dichos 50U- ducados, de que podia disponer, y como lo hizo en su vida, y sus herederos, de quienes lo es el Principe Pio, pusieron cobro â las demàs partidas, que en este medio se han expuesto, y en el siguiente se expondràn, y como favorable, que es la liberacion de la fianza, ô hypoteca, que constituyò el tercero, vt fundant D. Salg. *2. part. Labyr. cap. 9. num.* 115. *& diffusè* D. Castill. *lib. 4. cap.* 41. *&* 42. La causaron â el Estado de Alcalà, sus frutos, y rentas, la de las dichas partidas, y solo pudiera ser la question entre el Estado de Castel-Rodrigo, y el Principe Pio su posseedor, y la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, para la reintegracion, y paga de los dichos 50U- ducados, y assi por consiguiente no ha tenido, ni tiene el de Alcalà obligacion de hazerse cargo de la division de derechos, que el Principe Pio quiere constituìr, y conque le quiere gravar, para mas obligacion, que la que se mandò por dicha facultad Real, y se hizo en favor de la Duquesa.

125. Entrando en el computo de los dichos 97U612. ducados, y 8. reales de vellon, que vàn referidos; los 20U- del juro de Almojarifazgo, que quedaron libres para la Duquesa, que aunque eran bienes dotales, y no huvo facultad Real para la venta, que hizieron, siendo menores, y con intervencion de la Marquesa de Tarifa, Madre, y tutora de el Duque, que se obligò de mancomun con los dichos sus hijos â el saneamiento, precedida informacion de vtilidad, y licencia judicial, y todos con juramento, como consta de

 el

el tanto de la eſcriptura vltimamẽte preſentada,por no eſtàr en los autos,mas q̃ vn teſtimonio diminuto,ſin que le quedaſſe â el Principe Pio, y ſu Eſtado contra el de Alcalà recurſo para anular eſta venta, por averſe liberado,y alzado la hypoteca legal, y expreſſa, que en la conſtitucion de la dote ſe avia contraìdo.

126. Y ſuponiendo por ciertos los dos modos de bienes dotales, que â los *numeros* 77. y 78. de ſu papel refiere el Principe Pio; los vnos apreciados, y otros ineſtimados,y de los miſmos bienes,vnos muebles, y otros rayzes, y q̃ la enagenacion de los ineſtimados es nula â iure, y que, aunque la muger conſienta en ella, puede reivindicarlos directè, pero no aſsi,quãdo fueron eſtimados,q̃ entonzes ſolo le queda ſu recurſo in ſubſidium,y que aunque huvieſſe dado el conſentimiento, ô intervenido en la venta con juramento, no pierde el derecho de la repeticion contra los bienes del marido, ſiguiendo los fundamentos de el ſeñor Caſtillo en los dos *capitulos* 58. y 59. del *libro* 8. citados.

127. Y teniendo preſente la ſolucion, que deſde el *num.* 80. ſe quiere dàr â la rèplica de proceder la repeticion contra bienes del marido, pero no contra el Eſtado fiador ſubſidiario; en cuyo caſo no hablò el ſeñor Caſtillo, ni los AA. que cita, ni tocò la excepcion cedendarum, conque ſe repeliâ â la muger, y ſus herederos, queriendoſe â el *num.* 81.esforzar la ſolucion con la diferencia,que conſtituye;entre conſentir la muger la liberacion de la hypoteca, ô alguno de los fiadores â conſentir en la enagenacion de los bienes dotales, para que en el primer caſo ſea vàlido el conſentimiento,*ex leg. Iubemus. Cod. Ad velleian.* y en el ſegundo prohibido, *per totum titulum de fund. dot. leg. Vnic. §. Et cùm lex. Cod. de rei vxor. act.* y la concordante 7. *tit.* 11. *part.* 4. ê inteligencia, que dize, dà el ſeñor Caſtillo *dict. cap.* 58. *num.* 5. paſſandoſe â dàr la razon de la diferencia â el *num.* 82. y ſiguiente, y la ſatisfaccion â el lugar del ſeñor Olea *dict. tit.* 5. *quæſt.* 3.

128. Pero ſin embargo del referido diſcurſo, que en el papel contrario ſe haze, procede la replica de el Eſtado, no con aparĩecias de cierta,como el Principe expone en el *n.* 80. ſino cõ fundamẽtos legitimos,y reſultan de la miſma queſtion, y para que, ſupueſta la diferencia, que ay entre bienes do-

dotales ineſtimados (en cuyo caſo no eſtamos) y los eſtimados, que conſtituyeron venta, y conque ſe transfiriò el dominio en el marido, quedando de ſu quenta el riezgo, y menoſcabo, que tuvieſſen, y deudor ſolo de cantidad, para la reſtitucion, como con Ayor *de Part.* 1. *part. cap.* 3. *num.* 10. D. Caſtill. *lib.* 1. *Controv. cap.* 4. y en el *cap.* 59. de el *lib.*8. y Pedro Barboſa *in leg. Æſtimatis. ff. Soluto matrim. à num.* 28. y en la 5. *part. L.* 1. *num.* 79. ſe fundò por el Eſtado â el *num.* 75. de ſu papel, y de cuya qualidad fueron los bienes dados en dote por el Marquès de Caſtel-Rodrigo â Doña Beatriz ſu hija, y recibiò el Duque Don Fernando, obligandoſe â la paga, y reſtitucion de los 100U- ducados, diſuelto el matrimonio, ſin poder, conſtante eſte, enagenar los 60U- ducados de las partidas ſeñaladas.

129. Excluye el Eſtado fundamentalmente la razon de la diferencia de caſos, que el Principe quiere dàr en los *numeros* 82. y 83. de ſu papel, pues confeſſandoſe en èl, que por la diſpoſicion de la *ley: Iubemus. Cod. Ad velleian.* es vàlido el conſentimiento, que la muger preſta en la liberacion de los bienes del marido, ô de alguno de los fiadores, y que para eſte caſo procede la repulſa, que tiene la muger per exceptionem cedendarum (y como ſucediò en la enagenacion, y venta de los 20U- ducados del juro de Almojarifazgo) eſta miſma razon milita en el conſentimiento, que la muger dà, ô venta, en que concurre con ſu marido, de los bienes dotales eſtimados, que por la eſtimacion ſe hizieron proprios ſuyos, para efecto de no tener, que repetir â el fiador de la dote. Y eſte diſcurſo, y razon ſe comprueba de la opinion y reſolucion de el miſmo ſeñor Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 168. en la queſtion de ſi ſe pueda dàr fiador para la reſtitucion de la dote, *ad tit. Cod. Nè fideiuſ. dot. dent.* concluyendo â el *num.* 22. que en caſo de que ſe dè, le obſta â la muger, y â ſus herederos *exceptio cedendarum*, toda la vez, que, conſtante el matrimonio, ſus bienes dotales, ò la mayor parte de ellos enagenò, ô conſintiò, que el marido los enagenaſſe, pues no pudo, en perjuyzio de el fiador, hazerlo, infiriendoſe aver vn dolo preſumpto de parte de la muger en la enagenaciō, ô conſentimiento, para repetir del fiador.

130. Y para probar eſta opinion expone *dict. leg. Iubemus ad velleian.* por la qual ſe permite â las mugeres renun-

ciar

ciar el derecho de hypoteca, que les compete, para la seguridad, y repeticion de las dotes, yà sea la renuncia tacita, yà expressa, por ser de vna misma calidad, que es lo mismo, que el señor Olea *dict. tit.* 5. *quæst.* 3. *num.* 10. refiere, y resuelve en el caso de que la muger, ô sus herederos procedan contra los correos, ô fiadores de la dote, ibi: *An mulier, vel eius hæredes ad dotis restitutionem agant adversùs correos, vel fideiussores mariti; an verò contra tertios bonorum eius possessores; nam primo casu verius est, mulierem, quæ facto suo cedere non potest, quia marito doti alienanti consensit, vel hypotecam in bonis suis renunciavit, si adversùs fideiussores, vel correos agat, exceptione cedendarum rectè repelli.* Y en esto mismo vàn D. Larreateg. *lib.* 8. *Selectar. cap.* 13. *à num.* 41. *ad* 53. Amat. *resol.* 37. *num.* 46. *&* 60. *in fine.*

131. Haziendo, como se vè, de vna misma calidad el consentimiento dado por la muger â el marido, para la enagenacion de la dote, en todo, ô en parte, vt inquit dict. D. Castill. *cap.* 168. *lib.* 5. *num.* 22. que la renuncia de la hypoteca en sus bienes, para darle vna misma resolucion, y decision, en caso de aver fiador, y por consiguiente proceder la opinion de Noguer. *allegat.* 40. *à num.* 48. assi para el de enagenarse los bienes proprios del marido, y en que constituyò hypoteca la muger, por la entrega de la dote, como para la enagenacion de los bienes dotales estimados, y no quedarle recurso contra los bienes de el Mayorazgo, fiador subsidiario de la restitucion de la dote, y repelerse per exceptionem cedendarum, la qual no compitiera â los terceros posseedores de los bienes, *nisi dolo, aut fraude mulier liberasset alias hypotecas.*

132. Y mas, si el comprador supo, ô debiò saber, que la cosa, que compraba, tenia prohibicion de enagenacion, que entonzes no puede vsar de la accion de eviccion adversùs venditores, ni por estos contra otro algun obligado, *vt colligitur ex deductis* à D. Castill. *dict. cap.* 58. *num.* 20. *versic. Primò.* Petro Barbos. *L.* 1. *ff. Solut. matrim.* 5. *part. sub num.* 59. quedandole solo el recurso contra los herederos de el marido, ô muger, que vendieron; y en cuyos terminos habla el señor Castill. *dict. cap.* 59. *num.* 67. Gom. *in L.* 53. *Taur. num.* 57. Gutierr. *de iurament. confirm.* 1. *part. cap.* 1. *num.* 14. y demàs, que estos citan; pues no se hallarà en estos lugares, y en

es-

especial en los del señor Castillo, en ambos capitulos 58. y 59. que resuelva poder la muger, sus herederos, ô interessados en la dote en todo, ô en parte enagenada, con consentimiento, ô intervencion de la muger, dirigir la accion de la repeticion contra el fiador; y â donde toca, y resuelve el punto es *in dict. cap. 168. lib. 5. n. 22.* el señor Olea *vbi suprà.*

133. Y en este, como và dicho, no haze diferencia el señor Castillo entre la enagenacion de los bienes dotales, hecha por el marido, y muger, ô por qualquiera de ellos, y la liberacion de la hypoteca, y venta de los bienes proprios del marido, quando ay fiador de la dote, pues para con este es vna misma la razon, y assi debe militar la misma decision, *ex leg. Illud. ff. ad leg. Aquil. & leg. A Titio. ff. de verbor. obligat.* Everard. *in loc. legal. loc.* 13. Cessando por este medio la diferencia, que entre vno, y otro caso se quiere dàr por el Principe Pio en los *numeros* 82. y 83. de su papel, y explicacion, que se dà â el lugar del señor Olea, con la opinion de Acosta *de privileg. creditor. reg. 2. amp. 6. â num. 36. y â num.* 256. por ser nula la enagenacion de bienes dotales ipso iure, y no la liberacion, y suelta de la hypoteca; pues el señor Castillo *dict. cap.* 168. *num.* 22. y el mismo señor Olea *dict. tit.* 5. *quæst.* 3. vnen ambos casos, y de ellos hablan, para la resolucion de la question.

134. Y siendo fiador subsidiario el Estado por los 50000 ducados en fuerza de la facultad Real (pues sin ella no subsistiera la obligacion; assi por la prohibicion â iure, *nè fideiussores dotium dentur*, como por la qualidad de bienes Mayorazgados) le compete el remedio, y excepcion cedendarum, que ha opuesto: Y procede con mayor razon, quando los bienes de la dote son estimados, por hazerse, como và dicho, proprios del marido, y enagenandolos cum consensu, vel interventu vxoris, y esta con juramento obra el efecto de enagenacion de proprios bienes, y liberacion de la hypoteca tacita privilegiada, que en ellos, y en todos los demàs del marido tenia la muger, para la repeticion de su dote, *ex leg. Vnica. §. Et vt plenius. Cod. de rei vxor. act. & leg. In rebus. Cod. de iure dotium.* y en cuyo caso, y de aver fiador para la restitucion de la dote, no habla Acosta en el lugar citado, como el señor Olea, D. Castillo, y Noguerol discurren, y resuelven, *vbi suprà.*

135. Por todo lo discurrido hasta aqui, se haze legitima la imputacion de la partida de los 20ȝ- ducados del juro de Almojarifazgo vendido por el Duque, y Duquesa, y no poderlos repetir de los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, sucediendo lo mismo en la partida de los 7ȝ- ducados restituìdos por la inoficiosidad, como và referido *n.* 105. pues hasta en esta cantidad quedò minorada la dote, pagandolos por causa de esta el Duque, y con legitimo abono, asi como sucede, quando el marido por causa de la muger paga deudas contraìdas antes del matrimonio, para cuyo efecto es legitima la enagenacion de bienes dotales inestimados, vt fundat cum multis idem D. Castillo *dict. cap.* 58. *num.* 15.

136 Y en estos terminos no es tampoco para con el Estado de Alcalà la question de lesion, que se alega por el Principe Pio â el *n.* 84. para deducir la nulidad tambien por este medio; pues sobre no bastar en lo general qualquiera lesion, para anular, ô rescindir los contratos hechos por la muger, en perjuyzio de sus bienes, y derechos dotales, sino que ha de ser la lesion *in tota dote, vel in maiori parte,* para inferir la presumpcion de aver consentido en el contrato, y enagenacion *metu mariti, cui reverentiam debebat, & non voluntariè,* vt cum Fontanel. *de pact. nupt. tom.* 2. *claus.* 7. *glos.* 2. *part.* 7. *ex num.* 43. explicat idem D. Castill. *dict. cap.* 59. *sub n.* 71. *vers. Eamdem quòque.* aunque la aya en el todo de la dote, ô en la mayor parte, *adhuc competit exceptio cedendarum fideiussori, vt dictum est* cum D. Castill. *dict. cap.* 168. *num.* 22. y no le compete â la muger la restitucion de la dote contra el fiador, ô correo, ni por el remedio de la lesion, ni de la indotacion, vt concludit D. Larreateg. *vbi suprà dict. cap.* 13. *lib.* 8.

137. Y aviendo avido en la venta de los 20ȝ- ducados del juro de Almogarifazgo, como tambien en los 8ȝ- ducados restantes, fiador, que fue, la Marquesa de Tarifa, aunquando, caso negado, huviera sido nula la venta, y tuviera la Duquesa la reivindicacion contra el comprador, à este, recurso alguno le quedaba contra el fiador, ô correo de la dote, sino contra el fiador de la venta, si ignoraba la qualidad de dotal, q̃ si lo sabìa, ninguno le competia, question, que funda en todas sus especies D. Castill. *dict. cap.* 58. *præcipuè num.* 20. *versic.* 1. Conque por todos medios es legitima la

apli-

aplicacion de todas estas partidas â la dote,y su extincion, como por el Estado se fundò, y aclarò en su primer papel.

SATISFACCION A LA RESPVESTA, QVE se dà por el Principe Pio à la segunda defensa de el Articulo segundo de su papel, sobre las demàs partidas opuestas por el Estado de Alcalà.

138. HA pretendido el Principe Pio deducir de la Executoria de graduacion, que todas las partidas, que aora por el Estado se reproducen,no ser admissibles,etiam pretextu novorum instrumentorum, como â el *n.*87. refiere; pero sin hazerse cargo de no poder tener fuerza de Executoria para con el Estado, y el Marquès, Duque de Medina-Celi su posseedor, por todos los fundamentos,que en respuesta del primer Articulo se expressaron en su papel,y se acredita con las providencias dadas por la Sála, en el de la execució pedida por el Marquès, y Estado de Castel-Rodrigo, por los dichos 50ꝛ- ducados,y mandada despachar por 47ꝛ388. y ocho reales de vellon, de que se interpuso,y admitiò suplicacion,sobre que el pleyto se recibiò â prueba por el auto de primero de Febrero de 1675. fol. 97. del Memorial, tomandose conocimiento sobre la excussion, y la calidad de las partidas, que por el Estado se han manifestado, conque se dà por extinguida, y satisfecha la dote, y aun resulta la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, deudores de sumas muy considerables.

139. Cuyas partidas, â que la Duquesa, y sus herederos pusieron cobro, se refirieron por menor por el Estado en su pedimento de suplicacion del auto de execucion fol. 87. del Memorial;y para cuya justificacion presentò los instrumentos, que comienzan â el fol. 91. y 98. en que se incluyò el testimonio del pleyto executivo,q̃ el Marquès Don Manuel,como heredero de la Duquesa Doña Beatriz,siguiò para la cobranza de la dote, arras, y gastos de camara de la Duquesa Doña Maria, muger,que fue, del Duque de Montalto, Pricipe de Paterno, aunque solo huvo sentencia de remate por 30ꝛ- ducados de la dote,y arras;y cõtra esto no se ha opuesto, ni alegado el Estado en su primer papel,y segun-

gunda defensa, ni lo hiziera, quando era instrumento, que presentò en el pleyto fol. 93. del Memorial, para justificar aver cobrado el Marquès Don Manuel, como tal heredero de la Duquesa Doña Beatriz, y esta de Doña Maria su hija, la dote, y arras, diziendo muy bien el Estado de Alcalà, que sobre esta partida, y su restitucion, y la de los frutos, ê intereses de la dicha Doña Maria, Princesa de Paterno, avia caìdo la transaccion, que en 6. de Febrero de el año de 640. se avia otorgado en Roma, entre la Duquesa Doña Beatriz, y el Principe su yerno, como en la misma transaccion se expressa fol. 92. y averse hecho en cantidad de 20U- excudos Romanos, que vinieron â pagar los herederos del Principe â Don Francisco de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, hijo, y heredero de Don Manuel su Padre, y este de la Duquesa Doña Beatriz su hermana, por el instrumento de la ratificacion, y carta de pago, otorgada en Madrid en 14. de Mayo de 673. fol. 98. del Memorial.

140. Y siendo esta segunda transaccion ratificacion de la primera, que cayò sobre todos los derechos de dote, arras, y restitucion de frutos, ê intereses de la Princesa Doña Maria, importa poco, que en dicha ratificacion se dixesse por el Marquès Don Francisco, se desistia del derecho, que pudiesse tener por razon de la dote, arras, y gastos de camara de dicha Princesa, Duquesa Doña Maria, quando sobre esto, y sobre la restitucion de frutos, ê intereses se hizo la transaccion formal en los 20U- excudos Romanos, que fueron los mismos, que se pagaron en el año de 1673.

141. Fuera de que si la restitucion de frutos quiere el Principe Pio no se huviesse comprehendido en dicha transaccion, sino aver sido derecho, que quedò reservado, como en sus papeles alega, debiò proseguir la instancia sobre la restitucion de dichos frutos, ê intereses, los quales procedian, tanto de lo que indebidamente el Principe de Paterno avia percebido por cabeza de la dicha Doña Maria su muger, muerto el Duque Don Fernando su Padre, de los frutos, y rentas, que â este avian tocado en su tiempo, ê importaban 13 qs. 583U359. maravedis; â cuya paga se avia condenado â el Principe por Executoria de la Sala, que se refiere â el fol. 27. *num.* 28. y siguientes de el Memorial, de que solo cobrò Don Andrès de Sandoval, Administrador de

este

este concurso, 676ʒ142. maravedis, como tambien de los frutos, que la Duquesa Doña Maria, y el Duque Principe su marido percibiò en su tiempo, que importaban la suma tan considerable de mas de 70. quentos de maravedis, que constò, y se comprobò con la certificacion de los Contadores de el Estado fol. 85. mediante aver dexado caudal tan considerable el Principe, y muerto en Madrid, donde sus herederos pagaron los dichos 20ʒ- excudos, y conque se falsifica la narrativa, que el Administrador de este concurso hizo en el pedimento, que diò en 4. de Junio del año de 1642. fol. 28. de el Memorial, de no aver podido cobrar mas, que los dichos 676ʒ142. maravedis, por cuenta de los dichos 13. quentos 582ʒ359. maravedis, porque tenia vencidos los bienes de el dicho Principe de Paternò por la executoria de la Sala, en atencion de ser incobrables los efectos, que avia dexado.

142. Y que fuera el procedimiento legitimo, para la reintegracion de estas partidas, lo acredita la executoria, por lo tocante à el antecedente, y por la de los frutos, y rentas causadas en tiempo de la possession de la Duquesa Doña Maria, y percebidas por esta, y el Duque Principe su marido, que entonzes los hizieran suyos, por los fundamentos, que se refieren por el Principe Pio â el *num.* 89. de su respuesta con el señor Olea *in addition. ad tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 21. *& seqq.* quando no estuvieran estos frutos gravados â la restitucion de la dote, y arras de la Duquesa Doña Beatriz, hasta en la cantidad de los dichos 50ʒ- ducados, como los mas immediatos â la muerte de el Duque Don Fernando, que era, quien aviâ contraìdo la obligacion, en fuerza de la facultad Real, en defecto de bienes libres, y mas siendo su hija, y successora la dicha Doña Maria Enriquez de Rivera, como por el Estado de Alcalà se expuso, y fundò en su papel, desde el fol. 90. contra que nada responde el Principe Pio en el suyo.

153. Y estando por esta causa obligada la Duquesa Dña. Maria, y el Duque Principe su marido â la paga de dichos 50ʒ- ducados, que tuvieron cabimento en el valor de los frutos, y rentas de su tiempo, aun abstrayendo de todas las demàs partidas percebidas por la Duquesa Doña Beatriz, y sus herederos, afectò esta obligacion todo el caudal de la

 dote,

dote, arras, y gastos de camara de la misma Doña Maria, para cuya satisfaccion alega el Principe Pio, averse entregado los 20U- excudos Romanos de la transaccion, la qual no comprehendiò joyas en especie, que se avian entregado â el Principe de Paterno Duque de Montalto, para resguardo de los 100U- ducados de el ofrecimiento de la dote, de cuyos recivos consta à el fol. 34. de el Memorial, y se hizo probanza fol. 41. como por el Estado se alegò â el *num.* 80. de su papel, y de las mismas transacciones consta.

144. Y aviendo la Duquesa Doña Beatriz puesto cobro à dichas joyas, y Don Francisco de Moura, Marquès de Castel-Rodrigo, de quien es heredero el Principe Pio, â los 20U- excudos Romanos de el entrego de la transaccion fol. 98. y 100. de el Memorial de el pleyto, se consideran, y debìan considerar, como caudales existentes en poder de el mismo Acreedor, que pide, para la reintegracion de el credito, que dize, tener por su Estado de Castel-Rodrigo; pues sus Autores, de quien tiene causa vniversal por heredero, son deudores de esta restitucion, y de la de los frutos de el Estado, y sus rentas devengadas, y cobradas por la Duquesa Doña Maria, y su marido, por las razones, que vàn referidas, y en el primer papel de el Estado se fundaron, por la confusion de accion, y passion en vnos mismos sujetos, y se les repelìa con la regla vulgar de Derecho: *Quod petis, intus habes: Ex leg. Si legatum. leg. Siquis. §. Prohibet. ff. de edend. L. 1. Cod. de re iudicat.* Cyriac. *controv.* 3. *num.* 52.

145. Concurriendo tambien la partida de los 30U-ducados, que se cobraron del Duque de Cardona; pues, aunque por el Principe Pio desde el *num.* 57. de su primer papel, y â que aora se remite *num.* 90. del segundo, se formò cuenta para elidir dichos 30U- ducados, aplicando los 24U- â las partidas mandadas abonar à el Principe de Paterno por el funeral, y lutos del Duque Don Fernando, lutos de los Agentes de la Corte, y Contadores, gasto de el viage de la Duquesa Doña Beatriz â Palermo, y sus alimentos, y los 6U-ducados restantes pagados â Don Bernardo de Rivera, por cuenta de su cession; esto no es bastante para elidir la partida, pues, suponiendo ser lo que debia el Duque de Cardona â el Duque Don Fernando 55U- ducados de plata de reditos atrassados de el censo de 42U- ducados de principal,

has-

hasta fin de Mayo del año de 1623. que se avian de pagar à ciertos plazos, como se refiere â el *num.* 55. de el Memorial, y que de esta cantidad se quedò debiendo à el Duque Don Fernando 30U- ducados de plata, que se avian de pagar, los 24U- fin de Diziembre de 1638. y en fin de el de 639. 3U- ducados; y los 3U- restantes otro tal dia de el año de 640. cuyo censo se mandò pagar en el concurso del Duque de Cardona en septimo lugar, con todos los reditos, que se debiessen â el Duque Don Fernando, hasta 28. de Marzo del año passado de 1637. en que muriò, comprehendia este pago, no solo el resto de la transaccion, que fue hasta fin de Mayo de 623. cuyos plazos asignados para su paga se cumplian fin de Diziembre de 640. como và referido, sino tambien los reditos, que desde principio de Junio de 623. corrieron hasta el dia de la muerte del Duque.

146. Y para pagar los 30U- ducados de resto de la transaccion, se libraron los 6U- ducados de la cesion de D. Bernardo de Rivera, y los 24U- ducados restantes â el Principe de Paterno, para los gastos del funeral del Duque Don Fernando, costo del viage de la Duquesa, y sus alimentos; y por ser los dichos 30U- ducados de plata, y en su defecto con el premio de la reduccion de 5. por 100. subieron â mucha mas cantidad con el aumento del premio, sin el qual se pagaron los 6U- ducados de la cesion, por ser de vellon, quedando el premio de estos para mas aumẽto de los 24U- ducados restantes, y asi crecieron â 24U300. ducados de plata, que cobrò el Principe de Paterno en virtud de fianza: Y este pago se le mandò hazer por sì, y como testamentario del Duque Don Fernando, como se previno por el auto del señor Don Fernando Pizarro de 11. de Noviembre de el año de 1643. *num.* 60. del fol. 62. del Memorial; y por ser mas lo que se avia quedado debiendo hasta el dia de la muerte de el Duque Don Fernando, se mandaron pagar 25U400. reales â Don Andrès de Sandoval, Administrador de este concurso, y 25U535. ducados â el Padre Pedro Angel Surgento de la Compañia de Jesus, de que avia otorgado carta de pago en favor de el Tesorero de Luzena, y Comares, como consta de la carta de pago, aprobacion, y ratificacion, que se refiere à el *num.* 99. de el Memorial, y esta partida en numero no conviene con ninguna de las

que

que el Principe Pio refiriò en ſu papel, para la cuenta, que forma, queriendo reſtringir lo que â el Duque D. Fernando ſe le debia de reditos de el cenſo de 42ϑ-ducados de plata de principal, â ſolos los dichos 30ϑ- ducados de el reſto de la tranſaccion, quando eſta fue de mas cantidad, y por lo devengado haſta fin de Mayo de 623. aviendo deſpues ſobrevivido el Duque haſta el año de 637. que muriò, y corrido el cenſo; y por cuya razon, en la ſentencia de graduacion de el concurſo del Duque de Cardona, ſe le mandò hazer pago en ſeptimo lugar de todos los reditos, que ſe eſtaban debiendo haſta el dia de ſu muerte, que ſaliò pidiendo, y con fianza cobrò el Principe de Paterno, como ſu teſtamentario, y de quien fue apoderado el dicho Padre Pedro Angel Surgento; aviendo tambien cobrado el dicho Principe de Paterno, como marido de la Duqueſa Doña Maria de Rivera, debaxo de fianza los 1. quento 827ϑ185. maravedis de los reditos devengados en el tiempo de ſu poſſeſsion, cuya fianza, y la de los dichos 6ϑ- ducados de la ceſsion de el dicho Don Bernardo de Rivera eſtàn en el ramo de las cuentas, que el Adminiſtrador de eſte concurſo diò, y ſe refieren â el *num.* 60. del Memorial fol. 63. y 64. que negò el Principe Pio en ſu papel, aver avido, por no aver reparado en la relacion de el Memorial.

147. Conque ſe oponen legitimamente eſtas partidas, ſin que el Principe Pio pueda elidir el argumento, que con ellas ſe le haze, por la mera alegacion, que aora en ſu ſegundo papel repite, y avia hecho en el primero deſde el *num.* 63. de aver el Adminiſtrador Don Andrès de Sandoval contradicho el pago â el Principe de Paterno, y averſe, ſin embargo de la contradiccion, mandado pagar, y no aver podido dicho Adminiſtrador cobrar mas, que los dichos 676ϑ142. maravedis, por la inſolvencia de el dicho Principe de Paterno, y que aviendo ſido dicho Adminiſtrador nombrado por la Sala, tenia mas repreſentacion, y juriſdiccion para hazer la diligencia de la cobranza, y no aviendola podido conſeguir, menos la huviera logrado el Marquès de Caſtel-Rodrigo, aunque huviera ſalido â pedirlas, y para que ſe vale de los fundamentos de el ſeñor Olea *tit.* 7. *quæſt.* 3. *num.*40.

148. Pues todo eſto, y la auſencia de el dicho Principe

de

de estos Reynos, que â el *num.* 68. final de el Articulo segundo refiere, queda convencido con el pago, que los herederos de el Principe hizieron, tantos años despues, de los 20ꝧ-excudos Romanos de la transaccion â el Marquès Don Francisco de Moura Corte Real, cuyo pago hizieron, como tales herederos; prueba, de que avia quedado caudal, y herencia considerable, y assi como se cobrò esta partida, se huvieran cobrado las demàs, que se le podian, y debian pedir, y â cuya restitucion estaba obligado, como queda fundado, y estàr por consiguiente defectuosa la excussion, conque el Principe Pio quiere legitimar el recurso contra el Estado.

149. Y mucho mas se le elide por la omission, y negligencia, que desde el principio huvo para la repeticion, y cobro de el caudal, y efectos de el Duque Don Fernando, y de la Duquesa Doña Maria su hija, que no se contuvieron solo en los frutos, y rentas, que por la susodicha, y el Principe su marido se cobraron, por lo tocante â su tiempo, y por las que pertenecieron â Don Fernando su Padre, sino tambien todas las demàs partidas, y efectos, que se señalaron por el Estado de Alcalà, y se refieren en el *num.* 78. de su papel, en que estàn citados los folios; conque no dize bien el Principe Pio â el *num.* 91. de el suyo, no hallarlas en el pleyto.

150. Respecto de lo qual, y de que la obligacion de el Estado fue respectiva â solos los 50ꝧ- ducados, 10ꝧ- de las arras, y 40ꝧ- de las partidas libres, que quedaron para la Duquesa Doña Beatriz, se le imputan bien los pagos, y partidas, que vàn referidas, y conque se evaqua la obligacion de el Estado, aunque se ofreciera alguna duda, que no la ay, en orden â la aplicacion de dichos pagos; respecto de el derecho del Mayorazgo, y Estado de Castel-Rodrigo, que representa el Principe Pio, porque pide, junto cõ la personalidad de heredero de la Duquesa, quando el hecho de esta, y del Marquès de Castel-Rodrigo D. Manuel su hermano, que fue, quien vivia â el tiempo de la muerte del Duque D. Fernando, y tambien el hecho de Don Francisco de Moura su successor, y autor de el Principe Pio, le obstaba, y obsta, para la accion, que tiene deducida, y mas, quando la obligacion de el Estado de Alcalà no se estendiò â favor

de el de Castel-Rodrigo, ni la facultad Real, en virtud, de que se hizo, lo contuvo, ni se pudo alterar, hablando con la atencion debida, por la Executoria de graduacion, en q̃ el Principe Pio se funda, en quanto se aplicaron los 40U ducados de parte de la dote â el Estado de Castel-Rodrigo, con recurso, en defecto de bienes libres, â las rentas, y frutos de el de Alcalà, debiendose entender aver caìdo la Executoria debaxo de el concepto de no inferir mas gravamen à el Estado de Alcalà, que el que contuvo la facultad Real, pues contra ella no se podia ìr, ni la Executoria podia tener fuerza de tal para con el Estado, por los fundamentos expuestos en el primer Articulo, ni averse tenido presente todo lo que despues, en punto de excussion, que no està executoriada, ha manifestado, y comprobado el Estado de Alcalà, y que por este en su papel se dixo, en su defensa tercera, desde el *num. 96.* conque se responde â lo que el Principe repite en el suyo en el *num. 92.*

SATISFACCION, QVE SE DA A LA RESpuesta tocante al Articulo tercero, en que se dize estàr hecha la excussion de los bienes libres, para tener lugar la execucion en los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà.

151. NO huviera la parte de el Estado de Alcalà tocado en el Informe primero, que sirviò de respuesta, â el que la parte del Principe Pio, Marquès de Castel-Rodrigo avia manifestado en el suyo, q̃ dividido en quatro Articulos, no dexò de dilatarse algo en el tercero: Si este de contrario se huviera omitido (como era mas justo, que lo huviera hecho) pues bastaba tratarse de esforzar el primero, y segundo Punto, que expuso en los dos antecedentes Articulos, y â que se le diò suficiente respuesta, sin estenderse â passar â querer probar en este tercero, y comprobar en èl de legitimo el auto de execucion en vista, proveìdo en 6. de Noviembre de 671. no obstante lo nuevamente alegado en contra por el Estado de Alcalà, para que no tuviesse lugar su confirmacion en revista,

152. Pues no es dudable, que todo el punto del litigio consiste, en que, ô se sustanciaron, ô no, los autos del con-

cur-

curso, formado â los bienes libres, que quedaron de el Duque Don Fernando Enriquez de Rivera, sobre la graduacion con la parte del Estado de Alcalà; porque, aunque huvo Executoria de graduacion en dichos bienes libres por el importe de la dote, y arras de la Duquesa Doña Beatriz de Moura, viuda del dicho Duque D. Fernãdo, si para esta Executoria no precediò substanciacion formal, y legitima con los posseedores subsiguientes del dicho Estado de Alcalà, por lo tocante â la defensa de sus frutos, y rentas, que eran (como se probò en la primera respuesta, y se ha repetido en esta) obligados *in subsidium*, y â falta de bienes libres â 40U ducados, parte de dicha dote, y â los 10U ducados de las arras; en manera alguna podrà â el Estado, y â su actual posseedor perjudicar en nada aquella Executoria de graduacion.

153. Y por si acaso se dudasse, si la dicha Executoria se avia sufrido, y substãciado con parte legitima por el Estado de Alcalà, era consiguiente passar â averiguar, si estaba, ô no hecha legitima excusion en todos los bienes libres concursados, que quedaron de el dicho Duque Don Fernando, pues hasta tanto, que de ello constasse por exactissimas diligencias de no aver alcanzado su valor â completar con el de dichos bienes libres, la satisfaccion de aquel credito, â que los frutos, y rentas de el Estado, fiadores subsidiarios de indemnidad, y condicionales, en fuerza de la facultad Real, que â este fin se obtuvo, y que este punto quedasse determinado por otra Executoria; era, y estaba demàs la comprobacion de legitimo, del mencionado auto de execucion de 6. de Noviembre de 671. y pretender, que este se confirmasse, y tan demàs, como este punto, el de el quarto Articulo, instando en èl, sobre que la providencia de el dicho auto se supliesse, en quanto por èl expressamente se denegaron las usuras, ê intereses de los 47U388. ducados, y 8 reales, que en el auto de execucion se dixo, se le estaban debiendo â el Marquès de Castel-Rodrigo de resto de los 40U ducados, parte de los 50U agregados â su Casa, y Mayorazgo, y 10U ducados de la promessa de las arras, q̃ como heredero el Marquès D. Manuel de Moura de la Marquesa Doña Beatriz su hermana, le pertenecian; y para q̃ por esta cantidad, y la de los dichos 40U ducados, estabà impetrada, y

con-

conſeguida la facultad Real, que gravò in ſubſidium de bienes libres del dicho Duque los frutos, y rentas de el Eſtado de Alcalà, de que era poſſeedor.

154. Pero viendo, que la parte del Principe Pio, por medio del Abogado, que le defiende, ſacò â luz eſtos dos Articulos 3. y 4. y que el tercero lo propuſo en ſu primer Informe con baſtante dilatacion, deſde el *num.69.* haſta el 106. incluſivè; fue preciſo, por no dexarlo ſin reſpueſta la parte del Eſtado, y que no ſe entendieſſe, que por no darla (aunque conocìa no ſer neceſſario ſatisfacer â eſtos dos Articulos,por lo que queda dicho en los *numeros* antecedentes) fue preciſo manifeſtarla deſde el *num.* 105. haſta el *n.* 133. tambien incluſivè; pareciendole, que con ello no ſe bolverìa â replicar,para que vnicamente quedaſſe â el juſto arbitrio de la Sala la reſolucion.

155. Y pues ſe ha buelto â replicar de contrario en el ſegundo, y vltimo papel ſuyo, con nombre de reſpueſta (aunque muy breve) â eſte tercero Articulo, en que ſe trata de la excuſsion, y lo haze en ſiete *numeros*, que ſon deſde el 93. haſta el *numero 99.*

156. Lo que en ſuſtancia en eſta llamada reſpueſta ſe dize, es,que para darla, es preciſo ſuponer (y que aſsi el Eſtado lo haze) que tiene dos partes el auto de 6. de Noviembre de 671. vna, y la principal, averſe declarado eſtàr hecha legitima excuſsion en los bienes libres del Duque Don Fernando,ſin embargo de las excepciones alegadas en contra; y la otra, que en conſequencia preciſa,de que la excuſsion eſtà hecha, ſe mandò deſpachar la execucion; y que eſtando,como ſe halla ſuplicado de eſte auto por el Eſtado de Alcalà, y pedidoſe en la inſtancia de reviſta, por el anteceſſor del Marquès,Principe Pio, la confirmacion en lo favorable, ſobre cuya ſuplicacion, y pedimento eſtà viſto el pleyto; afirma,que no ay duda,en que no ay Executoria, que declare eſtàr hecha eſta excuſsion en bienes libres, ni que tampoco la ay en lo conſecutivo,que mirò â mandarſe deſpachar la execucion.

157. Y aſsi ſe proſigue, que no ay en que detenerſe en eſte punto: Eſto es lo miſmo, que ſuſtancialmente ſe ha dicho por parte del Eſtado de Alcalà; â que conduce lo que en los numeros antecedentes queda tocado:y que no es duda-

dable, que por la Executoria de graduacion quedò desde entonzes el derecho â lo executivo contra los bienes libres del Duque Don Fernando: pero si se duda, y aun se niega, que contra los frutos, y rentas del Estado, fuesse aquella Executoria de graduacion condicional, hasta verificarse estàr suficientemente hecha la excussion en dichos bienes libres.

158. Y por lo mismo, que se afirma, de que sobre esto segundo se sufre el pleyto, y que â el Estado se le està oyendo en vn juyzio puramente ordinario (en que no se halla vencido) no se puede tan voluntariamente afirmar de contrario, ser nacida la accion, que le compete, contra los frutos, y rentas del Estado, desde que faltaron los bienes libres del dicho Duque, y que esta accion yà manifiesta, todavia en fuerza de ella no produce nada executivo *in effectu*: porque en la realidad, para que huviesse tal accion, era preciso interviniessen dos cosas, que siempre se han negado, y probadose esta negativa en respuesta de los Articulos antecedentes: la vna, que la Executoria de graduacion se huviesse litigado con parte formal, representando â el Estado de Alcalà: y la otra, q̃ dado, y no cõcedido, se huviesse salìdo de este primero, y principal dubio, se evaquasse igualmẽte con plenissima justificacion, no aver quedado, ni aver bienes algunos libres de el Duque D. Fernando, que esto no podrà verificarse, â vista de lo que por el Marquès de Priego, Duque de Medina-Celi, y Alcalà, tan por menor se refiriò en el Articulo segundo de su primera respuesta, desde el *num.* 51. hasta el *num.* 83. inclusivè, y en este Informe se ha buelto â repetir en el mismo segundo Articulo, desde el *num.*

159. Conque es superfluo refricarse la parte contraria en este tercero Punto, quando todo el nervio de el pleyto consiste en la indagacion de la verdad de los Puntos de los dos Articulos antecedentes; donde hasta que sobre el contenido de ellos, y en vn juyzio puramente ordinario, como se viene confessando, aya Executoria, yà sea à favor de el Estado, ò sea â la de el dicho Principe Pio, Marquès de Castel-Rodrigo, no se puede, ni debe passar adelante.

160. Pareciendo â la del Estado lo que desde el *n.* 107.

hasta el 129. manifestò en su primer respuesta, que yâ que avia tocado este tercer Articulo la parte de el Principe Pio, por parecerle ser necessario, se le aplicaban adequadamente las autoridades, y doctrinas referidas en dichos *numeros*; se viene aora diziendo no venir â el caso lo que tan difussamente se expuso en dichos *numeros*: y la razon, que dà, es, que no se ha dudado del privilegio, que â el fiador subsidiario compete; mediante que, aunque la Executoria de graduació â el tal fiador le obste *in substancia, vel causa*; no se puede practicar *quoad exercitium*, hasta que conste de legitima excussion, para lo qual se solicita la Executoria, y que de el mismo dictamen es el Estado: y con esto, sin añadir mas, dize, que queda respondido â el todo de las autoridades, que se citaron, pues la question, y el dubio no consiste en esto; sino en que en fuerza de estàr bastantemente excutidos los bienes libres, que quedaron de el Duque Don Fernando, es visto aver llegado el caso de exercitar la accion contra los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, que de presente pertenecen â el Marquès de Priego su posseedor.

161. Si con tampoco, y dicho ex proprio Marte, se responde â lo q̃ por parte del Estado se traxo aplicado para el punto de esta respuesta â este tercero Articulo en la disposicion de Derecho; serà preciso en la misma forma lo execute la parte del Estado, contentandose, y bastando con dezir, que si para convenir â el fiador subsidiario, *quoad exercitium*, es preciso, que conste de legitima excussion contra el principal obligado, y contra todos sus bienes, derechos, y acciones: si aquì damos, y bastantemente se ha manifestado, que ni la Executoria de graduacion se siguiò con parte formal, como posseedor de el dicho Estado, y que ademàs (aun quando quiera la parte del Principe Pio persuadir, aun contra todo lo que consta de los autos del concurso, y pedimentos de las partes) que, con quien lo fue legitima respectivè â el Estado de Alcalà, que lo representasse, se avia sustanciado, y caìdo la Executoria de graduacion: venìmos â recaer en el segundo Punto, y no menos sustancial de no estàr hecha suficiente excussion en todos los bienes libres, â que vnicamente fue formado el concurso, y que huvo, y quedaron tantos, y tan muchos, y de grande importancia, de donde sin dificultad huvo para averse satisfecho

este

este credito, agregado â la Casa de Castel-Rodrigo, con mas los 10ꝟ- ducados de las arras, que â el Marquès D. Manuel pertenecieron, como heredero de su hermana la Duquesa Doña Beatriz, y juntamente, para satisfacerla de los 60ꝟ- ducados, cumplimiento â el todo de su dote, como lo quedò, y se halla, siendo, aunque en vn mismo grado, con la Casa de Castel-Rodrigo mandada pagar, pero con la diferencia, de que,aunque concurria en vn proprio lugar con este credito, debia dexar, que este entrasse primero en fuerza de la obligacion contraìda en las capitulaciones matrimoniales,y en fuerza asimismo de la facultad obtenida,para que solo *in subsidium*, y â falta total de bienes libres en lo que estos no alcanzassen, quedassen los frutos,y rentas de el Estado de Alcalà obligados â la satisfaccion de los 40ꝟ-ducados, que se agregaban, y de los 10ꝟ- ducados de las arras.

162. Dizese de contrario al *num.* 97. que en punto de estàr hecha la legitima excusion; lo tocò el Marquès, Principe Pio en su primero escripto desde el *num.* 52. hasta el 68. y desde el *num.* 102. hasta el 106. donde bastantemente avia dicho, con claridad, lo conducente â este punto, y que â èl no diò directamente respuesta la parte del Estado de Alcalà, aunque dize hazerlo, contentandose, conque para ello solo se remite à los *numeros* 88. y 89. en que nada se dize, y que por esta razon omite aora satisfacer,pues,con lo que dexò dicho, no se necessita de mas.

163. Bien parece no ser suficiente esta respuesta, ô que por no quererse entender lo que por parte del Marquès, Duque de Alcalà, se dixo en el papel de su primera respuesta desde el *num.* 107. hasta el 122. inclusivè; solo se vale la del Principe Pio de lo que se dixo â el *n.* 123. siguiente, donde se citan los dos *numeros* 88. y 89. de su escripto: pues lo que en este *numero* 123. se dixo, fue, que con los fundamentos traìdos desde el *num.* 107. hasta el 122. y los ya tocados en los *numeros* 88. y 89. quedaba el punto de la precision de la excusion de bienes libres muy bastantemente ponderado, y hecho manifiesto, que por aver sido tantos, y tan muchos, y en que huvo, no solo suficientemente, sino con grande excesso, bastante para el entero pago de la dote, y arras, que compusieron 110ꝟ- ducados, y

en

en que se comprehendian los 40ɥ de la agregacion â la Casa, y Mayorazgo de Castel-Rodrigo; no le quedaba regresso contra las rentas del Estado de Alcalà: y assi se verà, si por este se respondiò, ô no derechamente, y si estandolo, se quiere dàr â ello por desentendido la parte del Principe Pio para dezir, que por remitirse solo la del Estado â los *numeros* 88. y 89. de su respuesta añade, que omite bolver â insistir sobre lo mismo, contentandose con lo que dexa dicho en su vltimo escripto.

164. Estraña la parte del Principe, Marquès de Castel-Rodrigo, y dize hazerle fuerza lo que la del Estado prosiguiò en los *numeros* 130. hasta 133. de su manifiesto, afirmando, que avia prescripcion de la via executiva por el transcurso de mas de 45. años, que han passado desde el auto de primero de Febrero de 675. que dimanò de la discordia de el de 22. de Septiembre de 674. y que las doctrinas, que se aplicaron para probar la prescripcion en via ordinaria, aunque comunes; fueran buenas, y vinieran en su debido lugar, si respecto del Estado, huviera avido via executiva, la qual no se halla, sino solo vn juyzio ordinario, en que se tratò, y aun se disputa, sobre si està hecha, ò no legitima excussion.

165. Adelantase mas de contrario, y se dize (y todo en el *num.* 98 de su replicato) que no aviendo, como no ay, Executoria sobre la excussion, no ay por consequencia precisa execucion *in effectu*, pues aun se està en los terminos del auto de 6. de Noviembre de 671. que siendo ordinario, y no aviendose confirmado, hasta que este caso llegue, està sin efecto el mandato de execucion (y aun mejor se dixera, que no podia darse, ni despacharse; pues la Executoria no es mandamiento de execucion, sino que la trae aparejada, pidiendose en su virtud, por la parte, â cuyo favor se diò) conque tampoco ay via ordinaria, y por consiguiente se viene negando el supuesto de prescripcion, que mal puede averla, quando no ha comenzado la via executiva, pues para impedir su principio, es justissimo el impedimento ocasionado del facto de si està, ò no hecha legitima excussion, y si ha llegado, ô no el caso del recurso contra las rentas, y frutos del Estado, por la obligacion contraìda en las capitulaciones matrimoniales.

Esto

166. Esto es, no solo en sustancia, sino casi â la letra, lo que en el dicho *num.* 98. y con gran satisfaccion se responde de contrario en su vltimo papel, con lo qual se dize darla cumplidamente à lo que en dichos *numeros* desde el 130. â 133. se manifestò en el suyo, por la parte del Estado de Alcalà: pero de semejante respuesta, parece que no se ha entendido, ô por mejor dezir, no se ha querido entender, lo que la parte del Estado manifestò en dichos *numeros.*

167. Porque el concepto, que se formò, fue, que aun dado caso, que del auto de 6. de Noviembre no se huviesse suplicado, y expressado agravios, en cuyo caso estaba demàs, que la del Marquès de Castel-Rodrigo pidiesse su confirmacion, pues venia â quedar executoriado; quedando por ello ya executivo; esta via executiva, que le pertenecìa, venia â quedar prescripta legitimamente por el dilatado transcurso de tantos años subsiguientes de silencio, y no solo esto, sino que aun tenia lugar por la misma razon de silencio sin interrupcion alguna, la prescripcion en via ordinaria, que esta se dà contra qualesquiera, menos, quando se procede contra bienes de Mayorazgo, queriendo hazerlos libres, que no basta la ordinaria de diez años *inter præsentes*, y de veinte *inter absentes*, segun doctrina corriente del Sr. Molina *lib.4. de Primog.cap.*10 *quasi per tot. cum quo, &* D. Castill. *tom.*5. *cap.*93. §.8. *à princip.* D. Salg.*in Labyr.* 1.*p. cap.* 40. *num.* 44. *& seqq.*

168. Conque las doctrinas, que â el *num.* 131. de su primer papel el Estado citò, aunque se diga, que son comunes, son de muy bastantes Autores clasicos, y de la mejor nota, que sobre la *ley* 63. de Toro, que es la 6. *de el titulo* 15. *lib.* 4. *Recopilat.* discurrieron, y resolvieron, *latè agendo, tam de interruptione præscriptionis in via executiva, & de eius perpetuatione, quàm de interruptione, aut de perpetuatione, & prescriptione actionis in via ordinaria,* à los quales addendus est. D. Salg. que tambien cita à otros *dict.cap.* 40. *num.* 55. *& seqq.*

169. Conque si per *hypothesim*, y debaxo del discurrido supuesto, se dixo, que dado el caso de la via executiva, esta por el transcurso del tiempo, aun quando por la oposicion (que *in Iure tenetur pro litis contestatione, vel quasi*) se huviesse perpetuado, quedaba prescripta, aviendo passado 45. años de taciturnidad continuada, no aviendose principiado exe-

cucion alguna *in effectu*, como de contrario ſe confieſſa, ni podidoſe principiar, por faltar Executoria, en q̃ ſe fundaſſe eſtàr hecha legitima excuſsion; pues eſto miſmo aun ſe eſtà litigando en vn juyzio puramente ordinario,como tambien ſe afirma: Eſte es el que ſe ha dicho aver quedado preſcripto; conque, ni tiene lugar la via executiva, à que no ſe ha dado principio,ni tampoco lo tiene la accion ordinaria,que eſpirò con los 45.años, y mas de tan ſilencioſo tranſcurſo.

170. Dizeſe por vltimo â el *n. 99.* por parte del Principe Pio de Saboya,que ſi huvo omiſsion en ſus anteceſſores Marqueſes de Caſtel-Rodrigo, como tambien en èl miſmo haſta aora; tambien fue omiſſa la parte del Eſtado de Alcalà, pues aviendo ſuplicado eſta del auto de 6.de Noviembre de 671. y pueſtolo en los terminos del de 1. de Febrero de 675. en que en viſta de la diſcordia, que huvo, por el auto de 22.de Septiembre del de 674.ſe recibiò el pleyto â prueba con termino de nueve dias comunes â las partes; deſde entonzes haſta aora el Eſtado ſe ha eſtado quieto, y aun aſsi ſe mantuviera, ſi la contraria no huviera ſolicitado, y conſeguido, que ſe le citaſſe â el Marquès de Priego, Duque actual de Alcalà, para que por retardado el pleyto ſe bolvieſſe â vèr. Y no ſe ſabe, ni ſe puede penetrar, qual ſea el fin de eſta omiſsion, para que por ella ſe culpe â el Eſtado de Alcalà,de no averſe por ſu parte ſolicitado la continuacion,y proſecucion del litigio, para querer,que eſta llamada omiſsion, dè vigor, y fuerza â la que tuvo, y han tenido los poſſeedores de la Caſa de Caſtel-Rodrigo;pues ſi eſtos fueron,y ſon los actores, era, â quienes les tocaba, que no ſe ſuſpendieſſen, ni ceſſaſſen en el curſo de el pleyto, y no â el Eſtado de Alcalà, â quien tenian por reo convenido, y à quien la omiſsion, taciturnidad, ò deſcuydo de los actores,le fomentaba, y daba vigor para ir ganando tiempo, y lograr, como ſe logrò, que la accion intentada quedaſſe en vn todo preſcripta; pues la negligencia del que conviene, ſiendo à beneficio del convenido, nunca debiera por eſte, y en ſu perjuyzio, moverle, ê inſtarle à que proſiguieſſe el pleyto.

171. Pues ſi eſto aſsi fuera preciſo;lo fuera tambien dezir, que no ſe fundaba la preſcripcion en la taciturnidad, y omiſsion del actor, en proponer en juyzio ſu accion, y derecho: ſiendo aſsi, que eſte es el principio,y origen, de don-

de

de la prescripcion procede, y se causa. *Sic per transenam.* D. Larrea *tom.* 1. *decis. Granat. decis.* 49. *num.* 5. *Et quando cuilibet actori negligentia sua debet esse nociva, & non illi proficua; & adversario cedere non debeat. leg. Rem hæreditariam. in fin. ff. de evict. leg.* 3. *ff. de transact. leg. Non debet. ff. de reg. iuris.* Siendo todas las reglas del Derecho, en lo dudoso, à favor de el reo, à quien le basta por defensa, vencer *per non ius actoris; L. Actor.* 23. *Cod. de probat. Quia actore non probante, reus absolvitur. per leg. Extat.* 25. *ff. de iur. fisc. dict. leg. Actor.* 23. *Cod. de probat. §. Retinendæ. instit. de interdict.* con otros muchos textos Civiles, y Canonicos, y copioso numero de Autores, Barbos. *en sus axiomas iuris, & ad eum* Dueñas *lit. A. num.* 88. hasta el *num.* 96. pone todas las ampliaciones à esta comun regla de Derecho.

172. La doctrina, y lugar, conque de contrario remata su *num.* 99. que es del señor Larrea *tom.* 1. *decis. Granat. decis.* 35. *per totam, & precipuè num.* 51. para querer probar, que no se pierde la instancia por el transcurso del tiempo, por la taciturnidad de las partes en no proseguir el pleyto, como en terminos de movido por posseedor de Mayorazgo, q̃ muriò, dexandole pendiente, la pueda proseguir otro successor, continuando aquella instancia; vista, y penetrada la dicha decision, con todas las circunstancias del hecho, que para la determinacion intervinieron, se hallarà muy facilmente, que nada es aplicable para el punto, que se controvierte; cuyo hecho es muy distinto, ni huvo el dilatado transcurso en aquel caso, y de muchos años, que en este han passado, y por esso aquella instancia no se tuvo por acabada, no obstante aver sido otro successor, quien quiso proseguirla, que no pudiera hazerlo, si despues de vna prescripciõ completa la quisiera suscitar; pues desde luego le obstàra esta excepcion anomala, por tener fuerza tan *in vim dilatoriæ,* para impedir el ingresso, como *in vim peremptoriæ,* en el progresso, y meritos de lo principal, sino se opuso, y justificò, para que por consiguiente huviesse expressa determinacion *in limine iudicii.*

SATISFACESE A LO QUE POR PARTE DEL actual Marquès de Castel-Rodrigo se replica, sobre lo que contra su primero papel respondiò la del Estado en los Puntos 1. 2. *y* 3. *de el Articulo quarto de su antecedente Informe.*

173. COnociendo la parte del actual Marquès, que aun aviendo meritos para poderse reformar el auto de 6.de Noviembre de 1671.fol.532. R.3. en el particular de aver denegado la execucion, que su antecessor tenia pedida por los reditos de los 40ij- ducados de la dote, y 10ij- de las arras, era menester constasse de suplicacion suya, *leg.* 3. §. *Certè. leg.* 10. *ff.de appellat. tot. tit.* 18. *ac* 19. *lib.* 4. *Recop.* & cum pluribus aliis Valeron *de transact. tit.* 2. *quæst.* 7. *num.* 2. ibi: *Si adversùs plures sententia proferatur, omnes gravati appellare debent.* entrò assegurando en su primero papel averla con efecto interpuesto tacitamente.

174. Fundòlo en dezir, que pues siendole dado traslado de la que el Estado interpuso, y expresion de sus agravios, avia limitadose â lo *favorable* la confirmacion, que pidiò, se inferìa incluìrse virtualmente aqui suplicacion en aquello, que le era perjudicial, segun â paritate se probaba ex D. Salgado *part.* 2. *de Supplicat. cap.* 31. *num.* 99. 101. y 102. donde afirma, q̃ para entenderse revocada por el Juez *ad quem* la sentencia, en que â el apelante condenò el *â quo*, no es necessario se explique con la voz *Revoco*, mediante bastar terminos equivalentes.

175. Y presuponiendo con Fontanela *decis.* 412. *num.* 16. Matheu *Controvers.* 18. *num.* 26. y Parexa *tit.* 6. *resolut.* 6. *num.* 11. ser idem quoad substantiam appellatio, & supplicatio,para que no disonassen las doctrinas, conque avriamos de proceder, atento â que los Autores mutuamente las aplican â ambos casos (baxo, cuya consideracion no fue advertencia superflua, como lo es la sindicacion, conque por lo referido empieza el numero 102. del papel contrario) respondimos, que no causandose dicho efecto vnicamente por la virtud de aquellas equivalentes, sino por razon de intervenir en acto assistido de los requisitos, que completan juyzio determinable, pues presupone el Sr. Salgado

gado aver avido apelacion formal con pretension especifica azia que la sentencia se huviesse de revocar, resultaba no ser pariedad adaptable para probar, que la voz *En lo favorable*, aun quando equivaliesse à el termino *Suplico*, pudo establecer segunda instancia por sì sola, y desnuda de aquellos, que vt pro forma deben concurrir para averse de introducir.

176. Sin incluirnos â repetir (en lo que pudieremos escusar) los fundamentos, conque assi procuramos manifestarlo, hallamos otros muy apreciables en la citada doctrina del Sr. Salgado; puesto que si el tener tal efecto en aquel caso dichas equivalentes, dimana del mencionado conjunto de circunstancias, sin las quales, ni aun la palabra propria *Revoco* pudiera tenerle, por no aver assumpto, ò juyzio, en que hiziessen sentencia, faltando como faltan en nuestro pleyto las que, aun quando el Marquès huviera vsado de la voz misma *Suplico*, eran ademàs necessarias para constitucion de la segunda instancia, que se quiere produzga la otra *En lo favorable*, resulta claro, que no puede producirla, aun tomandola por equipolente, argumento â contrario sensu validissimo in iure. *L. Quibus diebus. §. Quidam Titio. ff. de Condit. & demonstrat.* Alvarado *de Coniectur. ment. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 43. D. Castillo *lib.* 5. *cap.* 87. *à n.* 1.

177. Confirmalo la del *cap.* 2. *part.* 2. *de Reg. num.* 13. donde tan lexos està de tener por suficiente aun la voz misma *Apelo*, que assegura no poder obrar efecto alguno por sì sola, ibi: *Quia causa gravaminis debet necessariò, & precisè in appellatione ab interlocutoria exprimi, & aliter appellatio non tenet, & hoc non in genere, sed in specie.* Y lo esfuerza la del *cap.* 9. *part.* 4. etiam *de Reg. num.* 37. en que con el Sr. Covarruvias *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 1. resuelve, que en tanto la sentencia podrà extenderse â comprehender tacitamente, ac per illationem alguna cosa, en quanto precediere averse tomado conocimiento sobre ella, ibi: *Quando de ea necessaria illatione plenè fuit cognitum, non aliàs.*

178. Luego si en esta segunda instancia, que vnicamente introduxo el Estado para la reformacion del mencionado auto en el punto de la *Excursion*, y en el de la *Execucion* por el principal de la dote, ninguno ha avido azia si fue, ò no justo el denegarla por los reditos, no podrà dicha voz

En lo favorable extenderse â radicar, y perfeccionar por sì sola tal segunda instancia, para que con semejante pretexto, y omisso contuviesse agravio el auto, huviera de reformarse en el particular de los reditos.

179. Calificalo la razon solida, conque el Sr. Salgado lo motiva; y es, porque en tal caso de no estar deducida la pretension, ò de parte â parte controvertida, dexa de aver instancia, mediante faltar juyzio contextado, y por consiguiente materia, sobre que pueda el Juez determinar, vt latè ibi *num.* 10. 34. ac 38. Ergo siendo cierto no hallarse pedimento alguno del Marquès antecessor, pretendiendo la reformacion, imò ni aun en que al menos se quexasse, de que por denegarle la execucion estaba agraviado, avrà de serlo tambien, que el mero acto de pedir confirmacion *En lo favorable* del referido auto, no ocasionò segunda instancia, para que se reforme en lo que aora el actual considera aver padecido agravio. *L.* 18. *ff. Commun. dividundo. L.* 16. *tit.* 22. *part.* 3. Figueroa *de iur. adhæren. cap.* 23. *num.* 18. ibi: *Ergo deficiente libello, revocationi locus non erit.* Scacia *de Sentent. glos.* 14. *quæst.* 16. *num.* 2. ibi: *Quia in re non petita non fuit lis, & consequenter in ea non fuit data defensio.*

180. Y que para la nueva instancia, y además de la apelacion, ô suplicacion, que con estas, û otras vozes debe ex intervallo interponer por escrito el vencido *L.* 1. §. 4. *ff. de appellat. L.* 22. *tit.* 23. *part.* 3. *L.* 1. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Por escripto.* Scacia *de appellat. quæst.* 4. *artic.* 1. *num.* 1. ibi: *Appellandum esse in scriptis.* Figueroa, vbi suprà, *num.* 56. ibi: *Semper in scriptis interponi debet*, se requieran precisamente, & vt pro forma, otras circunstancias, como son aver de expressar de la sentencia el apelante, ô suplicante la parte, ô capitulo, que le perjudica, consta *ex dicta leg.* 1. §. 4. *de appellat.* ibi: *Et à qua sententia, ac leg.* 1. *ff. de Libel. dimissor.* ibi: *A sententia illius, quæ inter illos dicta est,* y asimismo el motivo, y razon, en que funda, ô de donde deduce su agravio *ex cap.* 66. *de appellat.* ac ibi *glos.* Paz *in praxi part.* 6. *tom.* 1. *cap.* 2. *num.* 2. ac Barbos. *Collectan. ad Decretal. cap.* 1. *eodem num.* 3. ibi: *In appellatione requiritur pro forma, quòd causa appellationis nominatim exprimatur.*

181. Y esto se entiende alegandola con individualidad *dict. leg.* 1. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Y exprimir los agra-*

vios.

vios. Curia Philip. *part.* 5. §. 3. *num.* 1. ibi: *Ha de expressar los agravios contra la sentencia, de que apela.* D. Salgad. *dict. part.* 2. *de reg. cap.* 2. *num.* 13. *ac* 14. ibi: *Nec sufficit dicere appello ab iniquitate sententiæ, & pro causa gravaminis allego omnes causas, quæ ex actis colligi possent.*

182. En que se desvia de la practica, que refiere Fontanela *decis.* 413. *num.* 8. sobre q̃ al menos aya de ser la expresion, remitiendose â lo antes dicho, y que resultàre del processo, ibi: *Dicendo, sententiam esse nobis præiudicialem, & gravatoriam causis, & rationibus ex processu resultantibus,* pero conformandose todos, en que juntamente aya de pedirse que por ellas se reforme, â causa de que como ya queda sentado, no puede esto hazerse sin pretenderlo el vencido. *L.* 4. §. 8. *ff. de damn. infect.* ibi: *Hoc autem iudicium certam habet conditionem* SI POSTVLATVM EST; *cæterùm qui non postulavit expediri non potest.* Curia *dict. part.* 5. §. 1. *num.* 22. ibi: *Ni puede pronunciar sobre mas.*

183. Quibus omnibus ita, veamos aora que fue lo que proveìdo el auto de 6. de Noviembre practicaron las partes de este pleyto. La del Antecessor fol. 534. R. 3. diò el pedimento siguiente. *Matheo Guerra en nombre del Sr. Marquès de Castel-Rodrigo del Consejo de Estado, y su Presidente de Flandes, en el pleyto con el Estado de Alcalà. Digo, que VS. mandò despachar â mi parte provision de execucion contra los frutos del dicho Estado por 47U388. ducados y 8. reales vellon. Suplico â VS. mande se despache la dicha provision de execucion en conformidad del auto: pido justicia, costas, y juro en forma.*

184. Y si los pedimentos, y conclusion de ellos explican el assenso, y dissenso *leg.* 74. *ff. de Iudic. leg.* 26. *ff. de re iudicat.* Fermosino *rubric. de libel. quæst.* 1. *num.* 11. Curia Philip. *part.* 2. §. 13. *num.* 2. ibi: *Y de lo que en el pedimento se concluye, se entiende la via, que se elige;* ac cum aliis D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 1. *num.* 18. Lo que de este se saca es aver consentido en el todo la determinacion de dicho auto; puesto que por lo tocante al principal de la dote, y arras pidiò se executasse, y por lo que mira â los reditos no suplicò, ni aun protestò suplicar, que era el modo de resistirle, y mostrarse agraviado, vt patet ex sup. dictis, & ex Cancer. *part.* 3. *variar. cap.* 17. *num.* 74. ibi: *Vbi profertur aliqua sententia continens plura diversa capita, pars, quæ in aliquibus gravari exis-*

timat

timat â dictis tantùm capitibus sibi præiudicialibus supplicat, seu appellat, & reliquorum favorabilium petit executionem.

185. Al contrario la del Estado, que hecha la notificacion en el dia 17. fol. 133. diò en el 19. su pedimento fol. 535. mostrandose agraviado, de que huviera declarandose por bien hecha la excussion en todos los bienes libres del Duque Don Fernando, y en su consequencia mandadose despachar la referida execucion por el principal de la dote, y arras contra los frutos, y rentas de dicho Estado; y luego en el 27. otro fol. 536. expressando agravios, y radicando la pretension especifica, de que se reformasse en quanto â estos dos puntos.

186. Y aunque â el tiempo de responder â el traslado de ello el Marquès, dixo en la cabeza de su escripto, que debia conformarse *En lo favorable*, y asi fue la conclusion ibi: *Suplico â V. S. confirme el dicho su auto en lo favorable en grado de revista*, ni esta es suplica azia el punto de la denegacion de la execucion por los reditos, ni clausula, que aun ilativamente comprehenda expresion de agravios, y pretension de reformacion, sicuti patet ex dictis, y se encuentra afianzado en el citado *num. 22. part. 5. §. 1. de la Curia.*

187. Previniendo pues el caso de aver capitulos determinados en prò, y en contra de actor, y reo, enseña, que sin contenerse cada vno en dezir, que consiente en lo que le favorecen, apele de aquello, en que considera le perjudican, ibi: *Quando vno apela de la sentencia, que es dada en prò, y en contra suyo, siempre en la apelacion diga, que consiente en la sentencia, en lo que le es en su favor, y en lo que dexa de serlo, y es en su daño, ò perjuycio, apela, para que en lo consentido, y no apelado no se pueda por el contrario no apelando, pedir, ni hazer reformacion de la sentencia en su favor.*

188. Cuya prevencion, y la apelacion, que de lo perjudicial encarga se interponga, estarìa de mas, si bastasse pedir confirmacion *En lo favorable*; y fuera de que, para no considerarse superfluidad en ello, sobra el ser doctrina suya, la roboran Azevedo *leg. 1. tit. 18. lib. 4. Recop. n. 3.* ibi: *Si vna pars appellet â certis capitulis, & ab aliis non appellat, sed consentiat sententiam; tunc appellatus non appellans, vel non accedens adversarii appellationi, non poterit petere reformari sententiam illam in sui favorem,*

D. Sal-

189. D. Salgado *part. 3. de reg. cap. 15. num. 1.* ibi: *Quando vnus solus provocavit ab ea parte sententiæ, quæ contra eum facit, & sit capitulum separatum, cætera verò sententiæ pariter separata, consentiens, quoad hæc capitula separata, à quibus neutra pars provocat, transit in rem iudicatam contra alium, qui non appellavit.* Valeron *dict. tit. 2. quæst. 5. num. 2.* ibi: *Nec posit is, qui non apellavit, alterius appellatione iuvari.* Y por esso Carol. Anton. de Luca *ad Gratian. scholio 23. num. 2.* dixo, quòd *bona practica appellandi est, vt quis approbet sententiam, quatenus facit pro se; quatenus autem facit contra se ab ea appellet, siquidem tot videntur sententiæ, quot sunt articuli.*

190. Sed ad quid tanta! Quando la parte contraria misma confiessa num. 118. de su segundo papel no incluir la voz *En lo favorable* suplicacion alguna del Marquès antecessor, respecto de asseverar aora, que para poderse reformar en lo que le fue perjudicial dicho auto de *6.* de Noviembre, le asiste, y aprovecha la *Adhesion,* que hizo â la suplica del Estado, por aver pedido de aquel modo la confirmacion, ibi: *A mas de que la Adhesion la ay por el modo de aver pedido la confirmacion en lo favorable.*

191. Y sobre no poderse vsar de ambos remedios juntos, por ser incompatibles como ordinario el de la suplicacion, y subsidiario el de la adhesion, Figueroa *cap. 3. num. 11.* el hecho solo de recurrir â este, es prueba innegable, y real de aver faltado el otro, y asi lo evidencia la definicion, que trae, y explica desde el num. 7. ibi: *Adhæsio est subsidiarium remedium ratione appellationis* Omissæ, *quo idem, ac per appellationem ei adhærens consequitur,* ac *in cap. 7. num. 16.* ibi: *Adhærentis fundamentum in negligentia, & decidia nititur, cùm sit remedium extraordinarium, quo vtitur adhærens omissæ appellationis ratione.*

192. Debiendose pues aver encargado de estos elementales principios la parte del Marquès en su primero papel, por lo que dixo Baldo *in L. 1. Cod. de impub. & al. substit. num. 4. Ferro apperit viam, qui per contraria transit,* y en el segundo encargarse asimismo de nuestra respuesta en orden, â que con la referida doctrina del Sr. Salgado *part. 2. de supplicat. cap. 31. num. 99.* 101. y 102. no le probaba la proposicion de que por aver su antecessor pedido confirmacion del citado auto de *6.* de Noviembre *En lo favorable,*

fue

fue visto *que tacitamente suplicò de èl en lo que le èra perjudicial,* se haze todavia desentendido de todo ello en su segundo papel, contentandose con dezir *num.* 101. *que por ser comun, y sentado en derecho avia probadolo antes brevemẽte à paritate con ella.*

193. Explicacion implicatoria, tanto, que ni aun adjetivarse puede, mediante que si por comun, y sentado en Derecho se considera, segun que con Menochio *de arbitrar. casu* 166. *num.* 5. Lapo *allegat.* 53. *n.* 5. y Signorol. *Consil.* 22. *num.* 11. advierte Thusco *lit. N. conclus.* 107. *num.* 27. & 28. *Id, quod omnes pro firmo tenent, ac notum est lipis, & tonsoribus,* nadie avrà que dexe de notar el misero recurso â vna mera pariedad, y esto omitiendo la verificacion, de que venga â el intento, no obstante ser de su precisa obligacion ajustarlo, respecto de que, aunque conforme â la ley *Illud, aut illud. ff. ad leg. Aquil.* se estime el argumento â paritate, procede solo, y quando mas parificandose las circunstancias de ambos casos: *L. Inter stipulantem. ff. de verbor. obligat.* D. Castillo *lib.* 5. *cap.* 171. ferè per tot.

194. Lo que no succede en el de este pleyto, sino antes bien muy al contrario, atento â que junto con faltar la suplica, y pretension dirigida â que se huviesse de reformar el mencionado auto, concurre asimismo el que alegacion ninguna se hizo por agravios de èl, ni aun genericamente siquiera se reproduzgo lo que â favor de tal intento constasse del processo, siendo asi que al menos (y aun dexandonos de arreglar â la citada doctrina del Sr. Salgado) esto era indispensablemente preciso ob superiùs dicta, y que demuestran las palabras, que de la *decis.* 413. *num.* 8. de Fontanela, traslada en el 100. de su citado segundo papel, y que por tan puntuales podremos repetir, ibi: *Sufficit referre se ad merita processus, dicendo secundùm praxim, qua vtimur, quæ est optima, sententiam esse nobis præiudicialem, & gravatoriam causis, & rationibus ex processu resultantibus.*

195. Y si â semejante modo de responder es â lo que llama (*dict. num.* 100.) proporcionar lo conciso de las alegaciones â lo substancial de las defensas, y de evitar la fastidiosa confusion, que en el 124. y 150. insinùa causarle el cumulo de citas, finalizaremos con solo la de Philemon Syracusano la satisfaccion por lo respectivo â su enunciada suplicacion tacita, ibi: *Eum, qui nihil opportunè dicit, longum*

exis-

existima, licèt duas tantum syllabas pronuntiarit; at bene dicentem nè longum existimes, & si multa dixerit, & longo tempore.

196. Ajustado como puntualmente se ajustò en nuestro primero Informe, y se ha esforzado en este, no aver avido de parte del Marquès antecessor suplicacion alguna *explicita*, segun de contrario se confiessa, ni *tacita*, pues no la infiere la voz *En lo favorable*, ni tal prueba el argumento â paritate, que quiso deducirse de la doctrina del Sr. Salgado, y â vista de que ningun mas fundamento se traìa, pudieramos aver sossegadonos, sin transcender à otra cosa; pero previniendo que â quien leyesse ambos papeles se ofrecerian doctrinas, que si por algun acaecimiento fuessen aplicables â pleyto de distinta calidad, no lo eran al presente, ê incluidonos â discurrir sobre si ya que por suplicacion suya propria no podia gozar de esta segunda instancia para la reformacion del citado auto en el particular de la execucion por los reditos, podria al menos, y segun la ley *Ampliorem. Cod. de appellat.* serle comun la que interpuso el Estado, procuramos fundar no encontrarse medio alguno, por donde pudiera serlo.

197. Y tomando de aqui motivo la otra parte, para tocar aora desde el num. 103. este assumpto, de que ni aun se acordò antes, exclama diziendo confiadissimamente constar lo contrario de las mismas doctrinas, que para justificarle traximos; y con tal claridad que leidas, y entendidas, mas bien se lo avremos de confessar assi: Y el norte, que para ello sigue està en dezir, que aunque no es comun quando el vencido apela, ô suplica QUATENUS CONTRA, id est, limitando su apelacion â el capitulo, ô parte, de que se siente agraviado; lo es empero quando la interpone SIMPLICITER, y sin coartarla â lo que le perjudica: y que sobre aver sido de esta segunda esfera, *y sin qualidad alguna, ni aun indicante* la del Estado, segun demuestra el memorial fol. 87. no admite razon de dudar su assercion corroborada ademàs con la del Sr. Valenzuela *Consil.* 49. *num.* 10. y Valasco *consult.* 51. *num.* 24.

198. Esta alegacion, clausulas, *Ne dicam aliud, no puede responder*, y otros terminos, y discursos, conque desde el num. 106. hasta el 114. se ideò darla apariencia, disuenan mucho, y en nada assustan, â quien por mas seguro

tomò el de los pedimentos originales, que la desvanecen con claridad tal, que combinado con lo substancial de ella, podriamos adaptar el *tota vox*, que con Plutharco en *sus Appothegmas* refiere Victoria *part.* 1. *de su theatro cap.* 6. ac illud Danielis *cap.* 5. *vers.* 27. *Appensus est in statera, & inventus est minùs habens*, & Virgil. 1. *Æneid.*

::: *Stridens Aquillone procella*
Velum adversa ferit, fluctus que ad sidera tollit:
Franguntur remi, tum prora avertit, & vndis
Dat latus; insequitur cumulo præruptus aquæ mons.

199. El mero, y material trabajo de leerlos sobrarà para desempeño de esta verdad, yendo advertidos, en que el citado auto contuvo dos partes perjudiciales à el Estado de Alcalà, y favorables â el Mayorazgo de Castel-Rodrigo, y Don Francisco de Moura Corte Real su Posseedor. La primera aver declarado estar legitima, y bastantemente hecha la excusion en todos los bienes libres del Duque, y la segunda, mandar en su consequencia, que contra los frutos, y rentas de èl se despachasse execucion por los 47U388. ducados y 8. reales, que se creyò restarse de los 40U- que segun las capitulaciones avian de incorporarse en el referido Mayorazgo, y de los 10U- de las arras pertenecientes â el dicho Don Francisco, como heredero de Don Manuel de Moura, que avia sidolo de la Duquesa Doña Beatriz: y por el contrario contuvo vna favorable â el Estado, y perjudicial â el Mayorazgo, y expressado Posseedor; y consistiò en declarar no aver lugar de despacharsela por las vsuras, y reditos, que del mencionado principal tenia pedida.

200. Passando aora â la inspeccion de los pedimentos, dize el del fol. 535. *Miguel de Romay en nombre del Duque de Medina-Celi, Administrador del Estado de Alcalà, en el pleyto con el Sr. Marquès de Castel-Rodrigo, y Matheo Guerra en su nombre: Suplico del auto de V. S. de 6. de este presente mes de Noviembre,* EN QVANTO *por èl declarò por hecha la excurcion de los bienes libres del Duque de Alcalà Don Fernando Enriquez Afan de Ribera, y* MANDÒ DESPACHAR EXECVCION *contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà por los 47U388. ducados, y 8. reales, y* EN QVANTO A ESTOS DOS CAPITVLOS *la dicha sentencia, ô auto difinitivo, hablando debidamente, se debe revocar en re-*

vista, &c. la conclusion: *Por tanto â V. S. pido, y suplico revoque* EN QVANTO A LOS DICHOS CAPITVLOS *el dicho auto, &c.*

201. El de expresion de agravios fol. 536. *Miguel de Romay en nombre del Duque de Medina-Celi, Lerma, y Segorve Administrador Sequestrario del Estado de Alcalà, en el pleyto con el Sr. Marquès de Castel-Rodrigo, y Matheo Guerra en su nombre; expressando agravios del auto difinitivo pronunciado por V. S. en 6. de este presente mes de Noviembre: Digo, que en todo lo en que tengo supicado del dicho auto, hablando con el respecto, que debo, es agraviado, y se debe revocar, absolviendo, y dando por libre â el Estado de Alcalà, y sus bienes, y rentas de lo pedido de contrario.* La conclusion: *Por tanto â V. S. pido, y suplico provea como en mi suplicacion, y en este escrito se contiene; y pido justicia, ê insisto en la prueba.*

202. Esta es la suplicacion, de que habla el memorial fol. 87. ê identicamente la misma, que la otra parte dize *num.* 112. deberia aver interpuesto el Estado, para que procediessen las doctrinas traidas en nuestro antecedente Informe, y excluirse la pretension del Marquès. Y pues repetidamente se lee aver sido QVATENVS CONTRA coartada, y restricta â los dos mencionados capitulos, en q̃ el Estado se sintiò agraviado, vno la *Excursion*, y otro la *Execucion* por los 47U388. ducados, y 8. reales de la dote, y arras, y no SIMPLICITER interpuesta, ô absoluta, y generica, como serìa si solo huviera dichose *Suplico del auto de 6. de Noviembre, y digo, que V. S. se ha de servir de reformarle*, se evidencia la certeza de que azia el presente assumpto, nada subs-tancial contiene â favor suyo el segundo Informe, y tambien que deshecho el error, conque ha caminado, avrà de confessar serle contra producentem quanto en èl refiere, y que importa poco, ô nada el que no con tanta especificacion la refiriesse el Relator, pues provendria de no ser dable ofrecersele (ni âotro alguno) el rumbo, y sezgo, que ha tomado, y que escusaria con la corta aplicacion de acudir â vèr los preinsertos pedimentos.

203. Protegenlo bien asi Riccio *collect.* 3602. *in principio* ibi: *Appellatio interposita cum clausula* In parte, & partibus contrà se facientibus tantùm *non est communis.* Lancelot. *de attent. part.* 2. *cap.* 12. *limit.* 44. *num.* 2. ibi: *Quia talis appellatio limitata partem non appellantem non iuvat.* Gom. *lib.* 2.

 var.

var. cap. 11. *num.* 16. ibi: *Quia tunc alia pars non poteſt ſe iuvare illa appellatione circa alia capitula, à quibus non eſt appellatum.* Giurb. *deciſ.* 30. *num.* 12. ibi: *Appellatio* In parte, & partibus *non eſt communis, quia id tantùm, à quo eſt appellatum, devolvit.* Gratian. *tom.* 1. *diſcept.* 1. *num.* 19. ibi: *Quando fuiſſet appellatum* In parte, & partibus, *tunc enim appellatio non eſt communis*; y dando la cauſal proſigue diziendo: *Quia fuit appellatum limitatè, inde ſequitur effectus limitatus, qui non poteſt prodeſſe adverſario.*

204. Y aun todavia mas, & ad hominem, las palabras, que de la citada *deciſion* 413. *num.* 1. de Fontanela tranſumpta en el 103. de ſu ſegundo papel, ibi: *Aut victus appellat à ſententia* SIMPLICITER, *& tunc poteſt victor, etiam abſque alia appellatione expenſas conſequi, licèt in primo iudicio fuiſſet abſolutus. Aut appellat* QVATENVS CONTRA EUM FACIT, *& tunc debet appellare victus, aliàs ſententia tranſit in iudicatum*, que el no incorporarlas en el antecedente nueſtro no fue (como mal ſe nos nota) por truncarlas para obſcurar ſu ſentido, ſino â cauſa de parecernos ſuficiente dezir, que por ſer eſte el concepto, en que habla, y eſta la practica, que ſe obſerva, y debe obſervar, aconſejaba ſiempre â los litigantes apelaſſen, ô ſuplicaſſen non *ſimpliciter*, ſed *quatenus contra*, ibi: *Conſulimus ſemper partibus appellent, aut ſupplicent non ſimpliciter à ſententia, ſed â capitulis illis præiudicialibus.*

205. De donde ſacamos, que la ſuplica del Eſtado ſerà comun para aver de conocer de los capitulos, ſobre que cayò, vno la *Excurſion*, y otro la *Execucion* de la dote, y arras; pero no en lo tocante â el de las vſuras, y reditos, â que dicha ſuplica no ſe dirigiò, ni podia dirigir, mediante eſtar determinado â favor del Eſtado. D. Salgad. *dict. part.* 2. *de reg. cap.* 2. *num.* 8. ibi: *Et ideò non poteſt appellare non gravatus*, y lo prueban aſsi tambien las de la Curia *part.* 5. §. 1. *num.* 22. ibi: *Quando la vna de ellas apela, y la otra no, la apelacion hecha por la parte, que apelò, aprovecha à la que no apelò ſolo en lo apelado, y no en mas*, y por eſſo dizen nueſtras leyes Reales 1. tit. 18. y 1. tit. 19. lib. 4. Recop. *que dende en adelante la ſentencia, ò mandamiento quede firme, y dèn, y libren carta executoria como de ſentencia paſſada en coſa juzgada.*

Ni

206. Ni es de diſtinto dictamen el Sr. Valenzuela por aver reſpondido *Conſil. 49.* que al Colegio de Jeſuitas de Murcia le era comun la ſegunda inſtancia del pleyto, que ſobre paga de diezmos ſeguia con el Cabildo, no obſtante quererſe apartar eſte de la apelacion, que avia interpueſto, quexandoſe de q̃ el Proviſor de Cartagena huvieſſe declarado cumplia dicho Colegio con diezmar â la mitad: por quanto para pretender, que ſin embargo de aquel deſeſtimiento, debia finalizarſe, le aſsiſtian al Colegio fundamentos fortiſsimos, que no militan en nueſtro pleyto.

207. Vno, tenerſela apropriada por ſingular apelacion ſuya, vt *num. 9.* ibi: *Collegium, & illius Rector fuerunt gravati, & ideò appellarunt*: y hecha pretenſion formal en orden, â que confirmandoſe aquella providencia en el particular de aver declarado cumplia con diezmar â la mitad, ſegun el Breve de Leon XI. ſe revocaſſe en el de regularla à razon de 20. reſpecto de la coſtumbre en pagar à el de 1. por 12. los no privilegiados: Y otro el de que, aun quando â el Colegio faltaſſe dicha ſu apelacion, le baſtaria la del Cabildo, por ſer de ſentencia en pleyto, donde lo que ſe ventilaba conſiſtìa en el punto individuo de la inteligencia, que avia de darſe à el citado Breve, vt num. 24. ibi: *Et declararet qualiter debet intelligi dictus Motus proprius.*

208. Ni Valaſco *conſult.* 51. en que igualando el remedio extraordinario de la ſegunda ſuplicacion â el ordinario de la apelacion, dixo obiter, & per tranſennam *num.* 24. ſer eſta comun â ambas partes, ibi: *Sicut dicimus in remedio appellationis, quod eſt commune vtrique parti*; mediante hablar de apelacion *Simpliciter interpueſta* por vno de los litigantes, como tambien Paz *in praxi part 7. tom. 1. cap. vnic. num.* 105. ibi: *In cauſa appellationis, ſi ab vno interponatur* SIMPLICITER, & NON LIMITATÈ, *talis appellatio prodeſt alteri parti non appellanti*, y ſe vè aſsi bien en Pereyra de *Reviſionib. cap.* 85. que citando â todos tres, y â los demàs, que tocaron la materia, dize *num.* 3. *Si ab vno litigantium* SIMPLICITER *interponatur*, & NON LIMITATÈ, *huiuſmodi appellatio, ſic interpoſita efficiatur communis alteri adverſario non appellanti; vt vtique in illius favorem ſententia reformari valeat*; lo que ya queda evidenciado no ſucceder en nueſtro pleyto.

209. Y aun dado hablaſſen de apelacion limitada, es

de

de advertir, que nosotros no hemos negado ser comun por lo respectivo à el capitulo, ô parte, sobre que se interpone, y cae la quexa del apelante, arrimandose â ella el apelado; pero si negamos lo sea por lo que mira â el de que ni el vencido, ni el vencedor apelaron, ô suplicaron, que en el pleyto presente viene â ser dicho capitulo: *el de la denegacion de la execucion por las vsuras, y reditos*, de que ni la parte del Estado tenia para què suplicar, ni la del Marquès antecessor suplicò, ni jamàs se mostrò agraviado.

210. Y por esso, y omisso pro nunc absque præiudicio veritatis, se debieran (que esto siempre se ha resistido, y se resiste) no se descubre medio alguno, que permitiesse la reformacion ob superiùs dicta, ac etiam â Giurba *decis.* 30. *num.* 2. ibi: *Non emendatur sententia, nisi in favorem eius, qui gravatum se dicit.* Alvarez Pegas *resolut. forenses cap.* 17. *num.* 17. ibi: *Resolvendum est non posse in nihilo augeri condemnationem in favorem illius, qui gravamen interposuit.*

211. Ni lo es el de la Adhesion, â que como dexamos dicho *num.* 191. recurre aora, por quanto fuera de no traer para probarla mas fundamento, que el de presuponerla, y que en hazerlo se implica, vt ostensum est ibi, y se acredita reflexionando sobre que en substancia es querer, que la voz *En lo favorable* contenga dos remedios tan ex diametro pugnantes inter se, que el exercicio del vno es negacion absoluta del otro, està no solamente claro el no averla, sino asimismo el que ni aun averla pudo, y que en no advertirlo asi el Abogado contrario pretermitio el consejo de Paulo *in leg.* 27. *de Testam.* encargado por Angelo *Consil.* 100. *num.* 10. Felicio *de Societat. in proœm. num.* 1. D. Solorzan. *de Iur. indiar. tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 6. Parex. *de Ædit. tit.* 1. *resol.* 1. *num.* 2. Miñano *Basis Pontific. in proœm.* §. 1. *num.* 1. ibi: *Reprehensibile est scriptori vocis proprietatem ignorare, vlteriùsque progredi in tractatu, quàm ipsius terminos intelligat*, vt breviter totum patefiet ex sequentibus.

212. El fundamento, y basa principal de la adhesion de vn litigante es la apelacion interpuesta por su contrario del auto, ô sentencia, en que ambos se contemplan agraviados. Figueroa *vbi sup. num.* 6. ibi: *Adhærendi ius neutiquam exerceri potest absque appellationis suppositione; nam cùm ei adhæsio fiat, de eius fundamento, & existentia antea constare de-*

bet

bet: propriè enim omne, quod adhæret, præsupponit ex actus natura præcedere debere, vel esse de necessè aliquid, cui adhæreat, iuxta textum in cap. Ad audientiam. de Ecclesiast. edific. leg. 1. & 2. ff. de pecul. legat.

213. Conque no aviendo el Estado suplicado del auto de 6. de Noviembre de 1671. en quanto â la denegacion de la *Execucion*, que el Marquès antecessor tenia pedida *por los reditos*, y si solo limitadamente en lo tocante â la *Excursion*, y â la *Execucion por la dote*, mal pudo dicho Marquès pidiendo su confirmacion *En lo favorable* arrimarse â lo que no avia, *leg. Homo mortuus. ff. de verb. obligat. leg. 1. & 2. ff. de pecul. legat. cap. Accessorium. de regul. iur. in 6.* Oldraldo *Consil.* 290. Figueroa vbi sup. *& cap. 3. num. 4.* ibi: *Adhæsio, vel ius adhærendi neutiquam locum potest habere sine appellationis existentia, cuius est fundamentum.* ac *cap. 23. num. 60.* ibi: *Si non constaret de apellatione in scriptis, non esset subiectum, nec materia, cui fieret adhæsio.*

214. Mediante lo qual no avia necessidad de averiguar aquì el modo de executarla, que en realidad, y à causa de suplir loco appellationis, *cap. Vt circa. de elect. in 6. vbi glos. Cap. Cùm olim. de accusat.* ac cum aliis Figueroa *dicto cap. 23. num. 6.* ibi: *Adhærentes appellantes intelliguntur*, debe ser por escripto, vt iterum *num. 51. ac 64.* ibi : *Et ideò in scriptis adhæsio fieri debet*, y de esso proviene el estylo de libelar, que advertimos *num.* 145. del antecedente papel, sobre que aya de dezir, y diga el apelado *arrimandome â la apelacion de contrario interpuesta*, la que no tuvieron, para que observar los Abogados de esta parte, como sin premeditarlo assi lo repàra la contraria *num.* 112. pues no fomentaron la segunda instancia por Adhesion â suplicacion alguna del Marquès, sino directamente por la suplicacion, que hizierón en defensa del Estado.

215. Mas para que ex alio etiam capite, y por otros no menos irrefragables principios se vea lo infundamental, y estraño del referido recurso â la Adhesion, dezimos, que aunque se conceda poderla aver sin vsar de la palabra *Adhæreo*, ô clausula *Arrimandome â la apelacion de contrario interpuesta*, avrà de negar qualquiera inteligente resulte del mero hecho de aver pedido confirmacion del citado auto *En lo favorable*; atento â que para el concepto de *Adhesion*, y

que con efecto huvieſſe avidola, y en fuerza de ella pudiera revocarſe en el particular de la denegacion de execucion por los reditos, no baſtaria la voz: *Adhæreo*, ô clauſula *Arrimandome â la ſuplicacion del Eſtado*; mediante aver ſido meneſter, que ademàs pidiera juntamente, que ſe reformaſſe en eſto.

216. Explicanlo bien aſsi Pedro Surdo *deciſ.* 143. *num.* 4. hablando de apelacion interpueſta por el reo en el caſo, de que ſiendo demandado por 100. y condenado en 50. apelò de eſto, pretendiendo en quanto â ello revocacion de la ſentencia, ibi: *Si condemnatus in quinquaginta, & abſolutus pro aliis quinquaginta appellet, potero ego integra centum petere coram Iudice appellationis, quamvis non appellaverim, ſi tamen centum petierim ex eadem cauſa.* Y Figueroa *cap.* 24. *num.* 8. hablando en caſo contrario, que es de apelacion interpueſta por el actor, que aviendo demandado por 20. y obtenido por 10. y de ello apelado inſtando que la condenacion fueſſe por todos 20. y dadoſe traſlado al reo, no ſolamente lo contradixo eſte, ſino que ſimul pretendiò ſe revocaſſe en quanto à los 10.

217. Ibi: *Si v. g. ab actore viginti fuerint petita, & in decem tantùm condemnatio ſequuta, â qua appellationem interpoſuerit, vt quantitas ad totam petitam augeatur, hoc contra ſententiam in gravaminum expræſſione allegando, & reus, cui copia datur in eorum reſponſione, dicat non ſolùm non eſſe augendam condemnationem ad viginti, vt actor intendit, ſed revocandam fore in prædictis decem, pro quibus in eius præiudicium lata fuit, hæc verba adhæſionem important, ſicut ſi exprſsè dixiſſet* Adverſarii appellationi adhæreo.

218. Vnde lo que de aqui puede inferirſe es, que ſi quando el Marquès pidiò ſe confirmaſſe aquel auto *En lo favrable*, eſto es, en lo tocante â eſtar declarada por legitima la excurſion, y â ſu conſequencia mandada deſpachar la execucion por la dote, huviera tambien pedido, que ſe reformaſſe en el punto de averſela denegado por los reditos, avria adheſion ſin embargo de no aver vſado de la palabra *Adhæreo*, ô clauſula *Arrimandome â la ſuplicacion*; pero no el que la aya, y ſe deduzga de la mera circunſtancia de aver pedido confirmacion *En lo favorable.*

219. Previendolo aſsi ſubtil, y vivamente el defen-

ſor

ſor del Marquès, acudiò al inſtante, y con la deſtreza, que acoſtumbra, â el efugio de la diſtincion entre apelacion de ſentencia, cuyos capitulos ſon ſeparados, y ſentencia de los que tienen conexion, diziendo que aunque en el primero caſo no ſea comun, ni debuelva juriſdiccion mas que para conocer de aquello, de que el apelante ſe quexa, lo es, y la debuelve en el ſegundo, y que mediante eſſo, y ſegun la mente del Sr. Salgado *part.* 3. *de reg. cap.* 5. puede en la miſma inſtancia revocarſe â favor del apelado, etiam que no aya avido adheſion de eſte.

220. Y para ponerſe en los terminos de dicha limitacion, proſigue ex *num.* 121. afirmando ſer con efecto capitulos conexos el de la dote, de cuya condenacion ſuplicò el Eſtado, pidiendo ſu reformacion, y el de los reditos, de que por aver ſido abſuelto dicho Eſtado, la pretende el Marquès actual.

221. Mas reſpecto de aver tocado noſotros eſta diſtincion en los *numeros* 147. 148. y 149. de nueſtro antecedente Papel, y probado en el 150. 151. y 152. la ſeparacion de dichos capitulos, lo que eſperabamos era ſatisfaccion, y no repeticion de ello, que vnicamente ſirve de manifeſtar vna total, ê invſitada divagacion de defenſas, queriendo en el primero ſuyo apropriarſe la inſtancia por medio de *Suplicacion tacita*, que excluye *Adhæſion*, y aora en eſte ya por *Adheſion* que ſe opone â *Suplicacion*, y ya por participacion *Ex re communi*, que ex parte appellati infiere faltar el vno, y otro remedio.

222. Y eſto ſin hazerſe cargo, de lo que le tenemos reſpondido aſsi en orden â que los capitulos de dote, ê interVſurio ſon ſeparados, como en quanto â que, aun quando contuvieſſen conexion, ſerìa inſuficiente, para poderſe paſſar â reformar dicho auto todas las vezes, q̃ no ſolo conſta no averlo pedido, ſino tambien, que ſiendole dado traſlado de los pedimentos, en que por lo reſpectivo â ſu parte la pretendiò el Eſtado, y reſpondiendo, y alegando largamente â ellos la del Marquès fol. 540. y 551. R. 3. ni aun ſiquiera ſe moſtrò agraviado, ni lo proteſtò.

223. Baxo cuya ſubſtanciacion, y modo de actuar, y demàs de lo aqui expueſto, y lo que con muchas doctrinas diximos punto 1. 2. y 3. artic. 4. en aſſumpto, de que la ſen-

sentencia ha de arreglarse â lo pedido, y que serà nula en lo que excediere, bolvamos â oìr â Surdo *dict. decis.* 143. *num.* 5. donde siguiendo â Baldo *in leg. Ampliorem. Cod. de appellat.* inquit: *Si pars est præsens tenetur petere, aliàs Iudex non supplebit.* Y en el presupuesto de que la suplicacion del Estado no fue generica, ac simpliciter interpuesta del todo del referido auto, sino limitada â los capitulos de Excursion, y execucion por la dote, bolvamosse â oìr todavia *dict. num.* 5. en que explicando no ser comun *quando appellasset quis solùm in parte, & partibus,* y dando la razon de ello, continùa diziendo: *Quia tunc ex quo appellatio est limitata, non poterit suppleri sententia ad favorem appellati.*

224. Vlteriùs, dexando la prolixa investigacion de quales cosas se digan in iure dividuas, ò individuas por consejo de Menoch. *lib.* 2. *de Arbitr. centur.* 2. *cas.* 95. *num.* 3. ibi: *In iure tamen nostro tanta nata obscuritas videtur, vt quæ conexa dici possint quodammodo ignoretur.* y de Pereyra *de Revision. cap.* 87. *num.* 11. ibi: *Materia est, quæ longissimum postulabat sermonem,* ceñimos en los citados num. 150. 151. y 152. â dos autoridades la prueba de ser distintos, y separados los que contuvo el auto de 6. de Noviembre, que por proprissimas pueden reiterarse: vna la de Carol. Anton. de Luc. *ad Gratian. Scol.* 23. *num.* 3. donde con Marciano, y otros assevera, que el hecho solo de ser distintas las cantidades, que se piden, ò el de dividirlas la sentencia, basta para que se considere contener esta capitulos separados, ibi: *Poterit per sententiam dividi, prout divisit Iudex, & consequenter sententiam dicitur continere diversa capita, quæ divisionem, & separationem patiuntur.* Y â que añadimos el ser tambien assi puntualissimo del Sr. Salgado *part.* 2. *de Reg. cap.* 7. *n.* 69. *&* 70.

225. Y otra la del Sr. Larrea *decis.* 37. que en terminos de dote retardada eruditissimamente, & more suo defendiò, y fundò ser articulo distinto, y separado el de los reditos, como no producidos de la dote, ni debidos por la accion de ella, sino solo de la omission, y retardacion en restituirla, ibi: *num.* 22. *Et cùm vsuræ debentur ex nova, & superveniénti moræ obligatione, per se considerari debent;* ac *num.* 29. ibi: *Vsurarum dotalium causa, vt prædiximus, dissimilis est à vi, & ratione facultatis, quippe dotis interesse debetur ex mora.*

226. De las quales no debiò desentenderse la parte del

Mar-

Marquès, ni contentarse con traer para prueba de su pretensa conexion las que aora cita, pues Alvarez Pegas *resol. forens. cap.* 13. nada de esto toca, ni assimismo la *ley Iulianus. ff.de Condition. & demonstrat.* (seas la 45. ô la 86. q̃ no las distingue, y en esso manifiesta que no las viò.) Ni conduce el que Amato diga *part.* 1. *resol.* 9. *num.* 19. averla, quando *vnum caput est propter aliud*; mediante no entenderse esto con la generalidad, que la otra parte lo concibe, sino como advirtieron Menoch. vbi sup. *num.* 8. quando se verifica que *vnum sine alio stare non potest*, y el proprio Amato en quanto prosigue diziendo, *& eadem defensionis causa omnium existit*, y el Sr. Larrea *decis.* 37. *num.* 30. *quando in eis militat eadem ratio.*

227. Y nadie tendrà por consequencia legitima, aun hablando en el caso (que no estamos) de restitucion retardada, ê intervsurio capitulado: *Debese la dote: Ergo debense reditos de ella*, pues vemos, que para considerarse causados, ha de preceder ademàs justificacion del perjuyzio, que la omission huviere ocasionado â la viuda, ô en lo que, por carecer de ella, contraxo de empeños, ô sin disputa constàre aver dexado de adquirir.

228. Copiosamente se funda assi en el Punt. V. de nuestro antecedente Informe con doctrinas de los mas clasicos, y practicos Autores, como son Pedro Barbosa *part.* 1. *leg.* 1. *in princip. solut. matrim. à num.* 43. Gratian. *discept.* 240. *ac* 759. *num.* 8. D. Vela *dissert.* 35. *à num.* 49. D. Larrea *dict. decis.* 37. *num.* 28. D. Castillo *lib.* 2. *controvers. cap.* 1. *num.* 47. & *lib.* 8. *cap.* 49. *per tot.* Carleval *de iudic. lib.* 1. *tit.* 3. *disput.* 8. *Sect.* 4. *num.* 37. Hermosilla *L.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *glos.* 4. *num.* 218. Gom. Bayo *pract. Eccles. part.* 3. *lib.* 2. *q.* 103. Bolero *de decoct. tit.* 5. *quæst.* 4. D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 35. Leotard. *de vsur. quæst.* 78. P. Molina *disp.* 308. Card. de Luc. *de vsur. discurs.* 14. *num.* 13. ac *de dote discurs.* 161. *num.* 22. Rodrig. *de reditib. lib.* 3. *quæst.* 5. *n.* 23. Espejo *de vsur. personat. cap.* 7. §. 2. *num.* 2. *ac cap.* 8. *num.* 18.

229. Y en prueba, de que aun el mismo Amato citado por parte del Marquès â fin de fundar su asserta conexion entre los capitulos de dote, y vsuras, fue de contrario sentir, y que imò potiùs los considerò separados, y distintos, como tambien los meritos para la exaccion de cada

cosa, tenemos el que con otros infinitos Authores dixo *resolut. 49. num. 96.* deberse aconsejar â la viuda, que no pida los reditos con nombre, y titulo de vsuras dotales, sino por el medio de *damno emergente,* ô *lucro cessante,* ibi: *Consulendum est mulieri, vt in libello post annum luctus petat interesse lucri cessantis, vel damni emergentis, non alimenta, vel vsuras dotales.*

230. Præterea, es de saber, que el reputarse como dote, ô accessorios â ella, y por esso con igual hypoteca, y pedirse eadem actione, qua dos ipsa, segun la parte contraria intenta persuadir *num.* 130. con Surd. *de aliment. tit. 9. quæst.* 31. *à num.* 31. *ad* 63. y el Sr. Castillo *lib.* 8. *cap.* 36. §. 5. *per tot.* & precipue *à num.* 25. no se dize de los que provienen, y se pretenden ob meram retardationem, como succede con los de nuestro pleyto; atento â que estos como extrinsecos, y accidentales constituunt per se caput distinctum, ac separatum, & ideò non nisi officio Iudicis petuntur, vt docent Cardinal. de Luc. *de Regal. discurs.* 10. *num.* 5. ac Marinis *resolut. var. lib.* 1. *cap.* 76. *num.* 2. ibi: *Vbi sors simpliciter in certo tempore solvi promittitur, si die adveniente non solvitur, ac proinde ratione moræ peperit interesse, quod Iudicis officio petitur.*

231. Sino de aquellos, cuya obligacion de pagarlos se radica en el proprio contracto, ac ab eo, & non â mora trae su primitivo fundamento, y principal origen, segun se expondrà despues en el punto 7. por ser allì adonde mas bien toca, y â cuyo assumpto, y no â el de abrir la instancia por suplicacion, ô Adhesion traxo estas autoridades num. 127. y 144. del primero Informe, y â que, inspecta veritate, se le satisfizò en el 263. del nuestro con la ya citada *decis.* 37. del Sr. Latrea, y asi es ilusorio el cargo, que nos haze de que no le respondimos.

232. Ni se deduce lo contrario del citado lugar del Sr. Salgado *part.* 4. *de reg. cap.* 9. *num.* 93. en quanto dixo no exceder el executor procediendo por los frutos en execucion de sentencia, que condenò â la restitucion de el principal; atento â que fuera de hablar solo de los naturales, ê industriales, que se debent post litis contextationem, vt *num.* 113. ibi: *Fructus industriales suos facere pro cultura, opera, & diligentia,* ac *n.* 114. ibi: *Qui proveniunt post litem contextatam legitimè factam,* no lo funda en la conexion, pues si asi

fues-

fuesse no los considerarian Innocentius *in Cap. Gravis. de rest. spoliat.* Guid. Pap. *decis.* 405. Boerio *part.* 1. *decis.* 18. y Avendaño *Respons.* 6. *num.* 1. ibi: *Si cum re fuerint fructus simul petiti, & Iudex in re fecerit tantùm condemnationem, & de fructibus nihil dixit, videtur â fructibus absolvisse.*

233. Sino en que mediante estar juntamente pedidos, y litigados se consideran comprehendidos en la sentencia por el hecho mismo de no averlos denegado, como assi consta al *num.* 14. donde afirma D. Salgado, que excederà executandola en cosa no deducida, y controvertida, y que tacita, ô expressamente no se contenga en la sentencia, ibi: *Excedente de re ad rem, & quantitate ad quantitatem, hoc est quando facit executionem in alia re, de qua nec actum est, nec facta condemnatio, nec tacitè, nec expresè in sententia comprehenditur.* Ac *n.* 38. ibi: *Ad hoc vt fructus tacitè intelligantur in sententia, quando vtitur verbo* Restituere, *requiritur vt pars illos deduxerit in iudicio,* y lo comprueba el de el Sr. Castill. *lib.* 8. *cap.* 36. §. 5. *num* 8. *vers. His tamen,* ibi: *Nec ad alia referri, quàm quæ in iudicio acta, & tractata sunt,* y el de el D. Covar. *lib.* 1. *var. cap.* 3. *num.* 1. â que el Sr. Salgado se remite, ibi: *Opportere Iudicem in sententia horum fructuum, Iudicio pendente perceptorum, mentionem facere expressam, vel tacitam iubendo ipsi reo, vt actori rem petitam restituat.*

234. Ac iterum con no menor claridad al intento idem D. Salgado *part.* 2. *etiam de reg. cap.* 7. *num.* 68. en que dize, que si al fin de hazer apelable la sentencia dada sobre el principal, cuyo importe no alcanza â la que por estatuto ha de contener, para poderse apelar, se quisiere juntar la de los reditos, se quedarà adhuc inapelable, ibi: *Siquis vnica sententia condemnatus pro vna causa, seu actione ad aliam summam; licèt simul coacervatæ faciant causam apelabilem, quia ascendunt ad summam, de qua potest superior cognoscere; tamen non poterit appellari, nec ad id fit coacervatio.*

235. Y dàdo la razon con Scacia *de appellat. q.* 17. *limit.* 2. *memb.* 9. *n.* 32. prosigue en el 69. ibi: *Quia tot sunt sententiæ, quot sunt càpita separata, seu summæ ex diversis causis, seu actionibus debitæ:*& *n.* 72. ibi: *Facit insuper, quia si summa principalis contenta in sententia non sit appellabilis, aut commissibilis in Rota, quia non ascendit ad summam ad id requisitam, non efficitur appellabilis per cumulationẽ, seu coacervationèm fructuùm, aut expensarum, quæ*

in sentencia continentur; quia non cumulantur, aut coacervantur tanquàm res à principali separatæ: ac item plura alia *n.* 73. & 118.

236. Y aunque la parte de el Marquès con animo de ajustar verificarse en nuestro pleyto las proprias circunstancias recuerda *num.* 117. las enunciadas executorias, en que se le diò grado por dote, y reditos, y se aprobò despues la liquidacion de los que se creyeron devengados hasta el año de 1652. y que en su virtud se pidiò la execucion, es muy estraviado de el assumpto querer equiparar el caso de frutos pedidos, y no denegados con el de denegados, aunque pedidos. *L. Titiæ. ff. de Cond. & demonst. L. 1. C. de furt.* y en el qual â buen seguro no dexasse de dezir el Sr. Salgado avria excesso, si se passasse â cobrarlos, iuxta ea, quæ tradit *dict. part. 4. cap. 9. de Reg. num. 1. 12. & seq.*

237. Probado pues no assistir Derecho â el Marquès, para que por los mencionados medios pudiera reformarse el referido auto, y teniendo nosotros presente la facultad, que â los Juezes concede la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* sobre que aunque falten las solemnidades, y substancias de la orden de los juyzios en qualquiera de las instancias, los determinen, segun la verdad que hallaren probada, diximos *num.* 156. 157. 158. y 159. no estenderse esta â suplir los referidos remedios de suplicacion, y Adhesion, por ser de hecho segun Azeved. ibi *num.* 59. Avendaño *Respons.* 1. *num.* 20. Figueroa *cap.* 27. *num.* 42. y no obstarnos la doctrina de Luca *discurs.* 37. *de Iudic. num.* 71. por las razones, que allì expusimos, y â que conduce la de Surdo *Consil.* 293. *num.* 15. ibi: *Quia ea, quæ facti sunt, Iudex non supplet.*

238. Y subsistiendo la otra parte en el erroneo concepto de aver sido generica, y no limitada la del Estado, se pàra solo en replicarnos tener en contra â el Card. de Luca, como constarìa de sus palabras, si â no llevar el fin de violentar su sentido, huvieramos colocadolas mejor; ê insurge magistraliter, & resolutivè núm. 119. con estas: *Y respecto de que el Estado puso mal colocadas las palabras de Luca, leidas todas juntas, se conocerà lo violento, que se traxeron, y lo ageno del pensamiento, que se quiso comprobar con ellas.* Prosigue copiandolas, y finaliza: *Esto es lo que dize Luca, y esto lo que dixo antes Pedro Surdo decis.* 143. *per totam, y lo que con* Scacia, *y otros dixo despues Pegas resolut. forens. cap.* 13. *per tot. & precipuè*

num.

num. 2. pero ſin explicar en que eſtuvo la violencia, ni en que la mejor inteligencia, que por sì las dà. Y pues eſto es informar materialiter, & remiſsivè â la conſtruccion, conſtruyamosſelas con efecto.

239. Propueſta con Surdo la ya referida eſpecie de que el demandado por 100. y condenado en 50. apele, pretendiendo la revocacion para aver de conſeguir quedar abſuelto de todos 100. y ſe ofrezca el reparo azia ſino ſolo podrà el Juez *ad quem* confirmar la ſentencia en quanto â aquellos 50. ſino aſsimiſmo condenarle por los otros 50. ibi: *An confirmari in pluri? Puta, quia actore petente centum, & Iudice decernente quinquaginta, poſsit alter Iudex appellationis decernere integra centum,* reſuelve incontinenti Luca poderlo hazer, aunque el actor no aya apelado del agravio, que ſe le hizo en abſolver al reo de los otros 50. â cauſa de ſerle baſtante averſe arrimado â la apelacion, que eſte interpuſo.

240. Ibi: *Regula eſt affirmativa ratione adhæſionis, quæ appellato conceditur, quòd ſcilicet quamvis ipſe non appellaverit, attamen poſsit adhærere appellationi interpoſitæ per alteram partem, quæ impedit, nè ſententia tranſeat in iudicatum, ideòque ſicuti appellanti liberum eſt petere infirmationem, ita appellato petere ſuppletionem.*

241. Y haziendoſe luego cargo de aver Authores, que previenen no poderſe practicar eſto mas que en dos caſos; vno, quando dentro del termino concedido para apelar ſe hallàre, que el apelado lo pidiò aſsi; arrimandoſe â la apelacion de ſu contrario: y otro, quando por no averſe interpueſto *limitativè,* ſed imò potiùs *ſimpliciter,* vino â ſer comun para ambos la inſtancia, ibi: *Et quamvis DD. pro conſuetis legalibus ſubtilitatibus, vel ſuperſtitionibus id reſtringere ſoleant, quatenus nempe adhæſio infra tempus ad appellandum facta ſit, vt ita ſpeciem appellationis redoleat; ac etiam quatenus appellatio ſimpliciter interpoſita eſſet; ſecùs autem ſi in parte, & partibus odioſis acceptando partes favorabiles,* continùa diziendo, que no parandoſe facilmente la Curia en tan rigoroſas formalidades, atiende en ſubſtancia â la verdad del hecho, y juſticia, que dèl reſulta.

242. Ibi: *Attamen Curia Romana non de facili immoratur in his rigoribus, ſed commendabiliter iuſtitiæ, ac veritatis ſubſtantiam attendit.* Y reſolviendo luego por sì Luca, concluye,

què constando deberse todos 100. en justicia, se administrarà con rectitud condenandole en ellos, ibi: *Ideòque, vbi de iustitia videtur, quòd suppletioni locus esse debeat, tunc rectè Iudex appellationis id faciat.*

243. Vnde si la defensa del Estado consistiesse en dezir, que aunque el Marquès antecessor tenia pedida reformacion del auto de *6.* de Noviembre, que le denegò la execucion por los reditos, no debia ser oìdo por el mero motivo de aver faltado â la formalidad de hazer la adhesion dentro del termino, que tuvo para suplicar; ô la suplicacion del Estado huviera sido *generica, seu simpliciter interpuesta,* podria sufrirse la imaginacion de hazernos contra producentem el citado lugar de Luca.

244. Pero es muy diversa, â causa de que (independiente de la ninguna obligacion de reditos ex alio capite) ha consistido, y consiste en dezir que no comprehendiendose en la suplicacion del Estado aquel capitulo, mediante aver sido limitada â el de la excursion, y â el de la dote, faltò adhesion del Marquès, assi porque jamàs pidiò la reformacion, como porque sobre no aver sido apelado, ô suplicado en quanto al referido capitulo, nunca por consiguiente vino â tener sujeto, â que arrimarse.

245. Esta vindicacion, que nos apropriàn las palabras mismas de Luca contra la irreflexionada impostura, de que las colocamos mal, ô no las entendimos bien, nos la refuerzan las de los otros Authores, con quienes se conforma la parte del Marquès; pues por lo tocante â Pegas *cap. 13. num. 2.* aunque dize, que el apelante puede ser condenado en mas de aquello, que le gravaba la sentencia, de q̃ apelò, ibi: *Et appellans possit condemnari ad graviorem pœnam, quàm illam, â qua appellavit,* previene al instante entenderse assi, quando ay litigante apelado, y que cessa, quando falta, ibi: *Quorum decisio procedit, quando datur appellatus; in cuius favorem appellans possit adhuc graviùs condemnari, cessat, inquam, ratio, cùm non detur appellatus.*

246. Surdo *decis. 143. num. 5.* afirma no poderse hazer, quando la apelacion fue limitada â capitulos determinados, ibi: *Quando appellasset quis solùm in parte, & partibus, quia tunc, ex quo appellatio est limitata, non poterit suppleri sententia ad favorem appellati.* Y Scacia *de appellat. quæst. 17.* (no cita-

tado por Pegas como ſupone la parte del Marquès,) *limit.* 1. *num.* 99. *y* 100. habla ſolo en el caſo de apelacion, que por aver ſido *ſimpliciter interpueſta*, conſintiò el apelante la devolucion entera al Juez *ad quem*, para conocer de quanto en prò, y en contra ſuya contuviere la ſentencia; ibi: *Quia illa ſimplex appellatio refertur ad omnia capitula, quamtumvis ſeparata, ideòque volvit totum negotium*: lo que como advirtiò Surdo, vbi ſup. *num.* 8. *in fin.* no ſuccede en la otra, *eo quòd limitata appellatio producit effectum limitatum.*

247. Oyendo eſtamos la replica azia que ſi, para aver adheſion ſaltèm implicita, que equivale â expreſſa, baſta, que el apelado pida en qualquiera tiempo reformacion de la ſentencia en aquella parte, que le es perjudicial, ſe inferirà, y bien con Figueroa *cap.* 8. *num.* 23. averla con efecto aqui, reſpecto de que ya por vltimo lo ha pedido el Marquès actual aſsi, ac reintegra mediante eſtar el pleyto por determinar.

248. Mas â quien huviere leido nueſtro primero papel, ſe le ocurrirà luego, quan de ante mano, y ſin ſalir de eſte miſmo lugar, dimos ſolucion â ella *num.* 159. y repetimos aora diziendo, exiſtir eſta facultad, quando con la apelacion ſola, y ſin aver avido en aquella inſtancia pedimentos de parte â parte, ſe paſſa â vèr, y determinar el pleyto, como ſuele ſucceder, y lo previene allì el miſmo Figueroa *dict. numer.* 23. pero que eſpira, y fenece exerciendo acto contrario alguno el apelado, ibi: *Hoc ſi antea directè aliquem actum poſsitivum huic iuri contrarium non exercuerit.*

249. Y como conſta al *num.* 24. (cuyas palabras omitimos trãſumptar por averlas copiado allì, y no ſatisfacer â eſta verdad la parte de el Marquès) explica por tal, quando ſiendole dado traſlado de la apelacion, y expreſsion de agravios con pretenſion, de que la ſentencia ſe revoque en la parte, de que ſe interpuſo, reſponde pretendiendo ſe confirme; y dexa de pedir al miſmo tiempo ſe revoque, en la que ha reconocido, y conſidera ſerle perjudicial.

250. Razon, por la qual, y hallarnos en ſentencia difinitiva ſobre materia civil, probamos aſsimiſmo *num.* 155. 189. y 190. con Scacia *de ſentent. & re iudicat. gloſ.* 14. *q.*

16. Noguerol *allegat.* 27. *num.* 49. Peguera *decis.* 196. Capicio *decis.* 10. Fontanel. *decis.* 143. y Barbos. *lib.* 2. *vot.* 31. *num.* 9. *y* 10. no dar la clausula *Pido justicia* jurisdiccion para reformala â favor, de quien ni lo pidiò, ni se sintiò agraviado de ella, ni â semejante intento hizo alegacion alguna, & ita docet etiam Surdo *Consil.* 273. *num.* 24. ibi: *Sed narrato facto petit ius, & iustitiam ministrari.* & *num.* 25. ibi: *Inspectis his, quæ in libello narravit;* ac iterum ibi: *Quando remedium potest adaptari ad narrata in libello.* Y es como los entiende D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 1. *num.* 18. atento â que la remission, que haze en orden â que se vean, es sobre el assumpto de investigar, *quid operetur clausula,* Peto iustitiam, *& an eius virtute, præcipuè in Tribunalibus superioribus, possit Iudex super narratis in libello pronuntiare;* de donde se prueba, que super non narratis nada tenia que encargar.

251. Cuya resolucion, por lo que queda dicho con Figueroa, debe entenderse no de aquellos pedimentos, que el Marquès antecessor avia dado en la primera instancia, pretendiendo los reditos; respecto de que evacuada aquella, como lo quedò con el auto de 6. de Noviembre, y en el presupuesto de que cada Articulo de por sì la tiene especifica, y propria, Bald. *in leg.* 1. *Cod. de Iuram. calum.* Afflict. *decis.* 346. *num.* 2. ibi: *Quilibet articulus causæ propriam habet instantiam.* Escobar *de Ratin. cap.* 31. *num.* 17. ibi: *Quilibet namque articulus causæ propriam instantiam, & causæ cognitionem habet:* A lo que ay que atender es, â si la ha avido segunda sobre el particular de averle de reformar en el punto de la execucion, que denegò por los reditos.

252. Y que no la aya avido, antes si consentidose el auto en este punto, se evidencia con ambos Authores ibi, y con lo que siguiendolos, y â Parladorio, Paz, y otros dize D. Salgado *part.* 2. *de Reg. cap.* 13. *num.* 75. en orden â que el averla, consiste en el vso de la accion, que pudiere fomentarle, contestacion de el contrario, y conocimiento de defensas de vna, y otra parte, hasta ponerle concluso para su determinacion, ibi: *Instantia autem nihil aliud est, quàm exercitatio actionis à litis contextatione vsque ad sententiam diffinitivam:* ac *num.* 77. ibi: *Quæ instantia ex eo inducitur, scilicet, per contradictionem alterius, mediantibus exceptionibus, &c.* lo que (vt toties repetitum) no se ha practicado en este pleyto.

253. Y si atropellandolo, segun quiere la de el Marquès, se passasse â reformar, serìa dexando indefenso al Estado, ê infringir las disposiciones de Derecho, y leyes recopiladas, que le declaran executoriado â su favor por el hecho solo de no estar suplicado en el termino, que prefinen, y de modo que para lo contrario, ni aun por restitucion (que tampoco la ha pedido) podria concederle segunda instancia, *leg. Properandum. in fin. Cod. de Iudic.* Bartol. *Auth. Quæ supplicatio. Cod. de appellat.* Galesius *de restit. cap.* 8. *num.* 386. ibi: *Quoad verò instantiam iudicialem regulariter restitutio non competit*, maximè tratandose, como intenta, de lucro captando, vt docet etiam *num.* 222. 223. ac 283.

254. Y si para llegar â el conocimiento ingenuo de lo que obra la mencionada clausula *Pido justicia*, y si es capaz de criar por sì sola segunda instancia, y formalizarla tanto, que en su virtud pueda revocarse lo resuelto en la primera, huviera caminado prevenido de todas estas razones el defensor de el Marquès, debemos creer, que asi como se abstraxo de traer en ambos Informes doctrinas algunas que probassen cosa en contrario, se abstendria de dezir *num.* 117. de el segundo, que por considerarse provechosa la de Augustin Barbosa *dict. vot.* 31. *num.* 9. se las omitimos faltando â la verdad en el 155. de el primero nuestro, y con lo qual nos precisa â que ayamos de exponer el assumpto, y caso, sobre que las trae.

255. Refiere pues, que del auto, en que Francisco fue manutenido in maritali cohabitatione cum D. Laura eius vxore, quæ ab eo diverterat, interpuso esta apelacion, que aunque inadmisible en lo suspensivo, la fue no obstante oìda en ambos efectos. Llevado el pleyto â la Nunciatura, donde se confirmò, y buelto â apelar la muger, requiriendo con letras Rotales, y ofrecidose la duda azia si el Nuncio se inhibiria sin executarle, se resolviò deberse inhibir, â causa de que acabada la primera instancia, nunca en la segunda avia quexadose el marido, de que en la referida forma huviera admitidose la apelacion de la primera.

256. Fundandolo ex *n.* 4. dixo en el 7. y 8. con Giurb. *decis.* 21. *num.* 12. perjudicarse tanto vno en no vsar â su tiempo de los remedios, y defensas concedidas por Derecho, que militarìa lo mismo, aun quando se huviera otor-

gado la del Ordinario con la qualidad de *sin perjuyzio de lo executivo*, eo, quòd clausula ista nil operatur, *si pars, cuius interest, nihil petat*, y queriendo averiguar, si por pedimento suficiente podria tenerse la expressada clausula *Iustitiam peto*, lo niega *num. 9. y* 10. ex eo, quòd *non extendit vires suas vltra explicata in libello, nec comprehendit modos non narratos.* A que se llega, que el valerse de ella ha de ser, vt docet Gomez *lib.* 3. *var. cap.* 11. *num.* 8. *ante conclusionem in causa*, y esto sin alterar la formalidad de la instancia, ni aver parte, que se oponga, vt notat ipse Barbosa *clauf.* 76. *num.* 11. ibi: *Parte non opponente.*

257. Averiguado ya no aver Derecho, para que en el particular de estar denegada la execucion por los reditos, pudiera reformarse el citado auto de 6. de Noviembre por *suplicacion* del Marquès antecessor, pues consta, que de ningun modo la interpuso, ni por *Adhesion*, atento â que ni aun averla pudo, ni por participacion de la instancia *Ex re communi*, respecto de que la suplica del Estado fue de capitulos separados, ni por virtud de la clausula *Pido justicia*, mediante no dar jurisdiccion para resolver en finalizacion de la instancia, lo que en ella no se pretendiò, ni controvirtiò; diximos tambien *num.* 161. que de reconocerlo asi el actual, avia resultado salir aora insinuando en su escripto de 22. de Enero de 1721. fol. 687. Bta. R. 3. querer vsar del que pudiere tener por sì proprio, ò heredado de su Tia Doña Leonor, ô por qualquiera titulo le perteneciere.

258. Y aunque tampoco sobre aver de probar esta imaginada facultad de suplicar despues de 50. años de cerrada, y formalmente conclusa, hizo discurso, ni traxo fundamentos algunos en su primero Papel, reparando no obstante, que azia nosotros serìa censurable omitir, los que se aprehendiesse poder conducir, dimanados del *minùs plenè defendit causam*, ac *non appellaverit*, que se encuentra en los §§. 1. *y* 2. *de la ley* 50. *ff. de legat.* 1. con lo demàs, que juntaron D. Valenzuela *Consil.* 60. D. Castillo *lib.* 5. *cap.* 157. ac D. Molina *lib.* 4. *cap.* 8. & ibi Addent. procuramos hazer patente con ellos mismos, y con la glossa de dicha ley, y el Sr. Covarr. *lib.* 1. *pract. cap.* 15. *num.* 2. Peregrino *de fideicommis. artic.* 53. y otros, que estos citan, no tener lugar esta regla cessante collusione, & fraude.

259. Y tanteando la respuesta, que â ello se nos dà, la hallamos implicada; pues por vn lado confiessa requerirse con efecto la colusion; (y aunque añade, que no se necessita sea *con meritos para lo criminal*, esto no le favorece todas las vezes, que ninguna ha verificado aver avido de parte del Estado, ni de la del Marquès antecessor, ô los que le defendieron:) y por otro dize, que pues *el procurador no era dueño para dexar de apelar, nunca pudiera negarse el minùs plenè defendit causam.*

260. Conque acabamos de explicar ser la omission del Procurador la llave vnica, de que se valiò, y vale, para abrir puerta â la instancia, que ha mas de 50. años està cerrada, y se incluye (bien que sin mencionarlo) en la especie, que con la ley *fin. ff. An per alium caus. appell. reddi poss.* propone Golino *de Procurator. part. 2. cap. 5. num.* 125. ibi: *Quid autem, si sententia lata contra principalem, sit intimata Procuratori; qui ab ea non appellavit, an possit ipse Dominus appellare?*

261. Mas no la tendria por suficiente, aun en caso de que el no suplicar dimanasse de omission suya, Galesio *de restitut. cap.* 8. mediante dezir *num.* 145. *in casu scilicet, quo Dominus per Procuratorem litigaverit, & ille aliquid negligẽter omisit: : bene procedit ratio Rotæ, quòd imputet sibi Dominus, qui non idoneum Procuratorem elegit*: ni la tendrà quien, viendo el pleyto, leyere fol. 532. 533. 534. & ibi Bta. aver sido tal su vigilancia, que aun quatro dias antes de serle notificado, acudiò â el Licenciado Don Juan de Oliver, y despues â el Licenciado Don Alvaro de Marchena, Abogados de el Marquès.

262. Y mucho menos quien hallàre, que de ellos estàn firmados fol. 534. 540. 551. 572. 619. 621. 629. 640. 678. y 679. diez de los pedimentos, que se dieron, respondiendo promptamente â los traslados de los del Estado, y presentando, para esforzar la pretension de su parte, diferentes instrumentos; porque en esto avrà de confessar vn exactissimo cumplimiento de su oficio, segun que con la *ley A procuratore. Cod. mandat.* lo confiessa el mismo Golino *part.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. y con la ley *Si res pupillaris. 50. ff. de Administrat. tutor.* y el §. *Igitur. Instit. de obligat. quæ ex contract. nascunt.* lo funda en mas delicados terminos Gutierrez *de tutel. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 124. *& cap. 9. num.* 12. *ac num.* 38.

263. Y aun procederìa lo mismo en el caso de que insinùasse aver provenido por culpa de dichos Abogados; lo vno, por lo que optimè ad propositum dixo tambien Galesio *num.* 123. ac præcipuè *num.* 283. ibi: *Vbi statutum determinat intra certum tempus concordiam esse producendam, aliàs non valeat, si per errorem Advocati rusticus illam non produxit, non excusatur*; y lo otro, porque con saberse, fueron el Doctor Don Juan de Oliver, y el Licenciado Don Alvaro de Marchena, les indemniza su propria fama, y prueba ser recto, y justo el consejo, que dieron, y practicaron, azia que no se insistiesse en la pretension de los reditos, y asi parece averlo tenido presente el citado Author, dum *num.* 245. dixit, *quia inverisimile est, quòd bonus Doctor erroneum consilium dederit.*

264. E inquiriendo el motivo, que tuvieron â vista de las executorias de graduacion, en que estaban mandados pagar, y de aprobacion de la liquidacion de los que se creyeron devengados hasta el año de 652. està claro aver sido no solamente por el principal fundamento de no deberlos el Estado, conforme â lo dicho en el primero papel, y en los tres antecedentes articulos de este, y que se tocarà en los puntos siguientes, sino tambien por la nulidad, que reconocieron padecer tanto, por no ser litigada, con quien por èl fuesse parte, quanto por averse extendido la de graduacion â reditos no solamente no justificados; pero ni aun pedidos en la demanda, que en aquel juyzio puso D. Manuel de Moura Corte-Real, Marquès de Castel-Rodrigo, como immediato Successor al vinculo fundado en las capitulaciones de la Duquesa Doña Beatriz de los 50U-ducados, mitad de su dote para en el caso de fallecer, sin dexar hijos, pues la reduxo â sola esta cantidad, como expressamente consta fol. 39. num. 37. del Memorial, y se confiessa en el 127. del segundo contrario.

265. Del qual discurso nos ofrece prueba muy suficiente el proprio auto de 6. de Noviembre, atento, â que sin embargo de la exequibilidad, que el Derecho concede â las que son legitimas, le fue no obstante denegada la execucion, q̃ en virtud de ellas pidiò despues por los mismos reditos liquidados. Y aviendo sido esto de oficio, y sin contradiccion, que precediesse de parte del Estado (como tambien lo tiene confessado la contraria *num.* 117. de su primero

ro papel, y lo reitera en el 124. del vltimo) se evidencia provenir de aver la Sala tenido presente la nulidad, que en ellas influyeron dichos defectos, por ser este el vicio, que las elide, y el caso, con que como excepcion resultãte ex visceribus impide el ingresso de la execucion.

266. Mas dessagradando â la otra parte la reflexion de dicho discurso, y queriendo disimular, no sentir huviessemos insinuado *num.* 175. que de no aversele ocurrido provino asseverar en el 149. de su primero papel, que teniendo â su favor las mencionadas executorias, nada le faltaba, para que huviera de revocarse el referido auto de 6. de Noviembre, responde aora, *que se le debe dar muy poco de esta exageracion,* y que omitiendo *por no del caso* las solidas doctrinas, conque â el mencionado fin le adaptamos Punto 3. per tot. viene â ser mejor la que le dà el Memorial del pleyto â los *num.* 16. 32. y 33.

267. Y el que con ella haze *num.* 126. y siguientes consiste en dezir, que pues quando Don Manuel de Moura Corte-Real saliò â èl, pidiendo los 50ꝗ ducados, avia ya la Duquesa puesto demanda por ellos, como inclusos en el todo de su dote, y arras, que pidiò con mas los reditos, ê intereses desde el dia 29. de Marzo de 1637. en que muriò el Duque, y despues que la reformò en algunas partidas; contestandosela el Estado respondiendo no deberse tales reditos, basta esto para manifestacion, de que en mandarlos pagar la executoria de graduacion, no se extendiò â cosa, que no estuviesse pedida, y que por consiguiente falta el enunciado excesso, de donde hemos querido inferir la nulidad.

268. Y yà que con tal modo de discurrir confiessa la otra parte, que el de subsanarla està en considerar radicarse la pretension del Marquès, en lo que por su primera demanda tenia practicado antes la Duquesa, y respondido el Estado, fue prevencion diestra enunciar la reforma, que al *n.* 32. del proprio Memorial consta aver hecho de ella dicha Duquesa, y silenciar lo individuo de la misma reforma, previendo, que lo especifico de su contenido destruìa tan sin replica semejante discurso, que se rezelò le aplicassemos illud Ennod. *lib.* 1. *Epist.* 12. *Pulchra sunt, quæ scribis, sed ego amo fortia.*

269. Para verificacion de lo qual, es necessario bolver

â recordar, que la fianza, conque en defecto de bienes libres gravò el Duque Don Fernando las rentas, y frutos del Estado, no fue de 50U- ducados de los 110U-de la dote, y arras, genericè, & vt sic, sino expressamente limitada â la restitucion numerica de tres partidas, que importaron dicha cantidad. Vna la de los 20U- ducados en juros libres; otra la de los 20U- en joyas, y otra la de los 10U- de las arras, como consta de las capitulaciones, *num.* 4. de el Memorial, y de la clausula de la facultad Real, inserta fol. 91. y transumptada *num.* 45. y 264. de nuestro primero papel.

270. Y tambien es de advertir, que dicha reformacion se dirigiò â separarse de ellas mismas identicamente, segun parece del proprio escrito de reforma, presẽtado en 5. de Octubre de 1641. fol. 1255. R. 1. ibi: *En quanto à la partida de* 40U- *ducados; los* 20U- *que recibiò dicho Duque de Alcalà en juros libres; y los* 20U- *en joyas, por cuenta de dote de mi parte; y en quanto à la partida de los* 10U- *ducados de las arras.*

271. Conque siendo la demanda de Don Manuel de Moura Corte-Real, puesta por los mismos 50U-ducados, que compusieron estas proprias partidas, tan posterior como de 16. de Mayo del año de 1652. fol. 403. R. 2. se ajusta sin replica, que quasi doze años antes estaba igualmente separada de pedir reditos de ellos la Duquesa, y que por consiguiente la contestacion, y respuesta, que se atribuye al Estado (y que en realidad no lo es) como consta de lo dicho en los Articulos antecedentes, no cayò sobre pretension, que la Duquesa tuviesse yà por intereses de aquellas partidas, y que ni fue, ni pudo ser referente â su demanda la de Don Manuel de Moura, *argument. L.* 1. *§. Item quæritur. ff. de aqua quotid. & æstiv. cap. Cùm super. de offic. delegat.* Decius *consil.* 63. *num.* 6. relatus â Noguerol *allegat.* 27. *num.* 45. ibi: *Dispositio referentis debet limitari secundùm dispositionem illam, ad quam relatio facta reperitur.*

272. *Num.* 128. *y* 129. dize tambien, que para dexar de aver tenido efecto las Executorias, nunca pudo repararse en que su antecessor prueba ninguna huviesse hecho azia que fuessen debidos, respecto de que assi como para averselos mandado pagar â la Duquesa sirviò de justificacion bastante la escriptura dotal por sì sola, y de modo, que por esso nada se opone contra ello por el Estado, debè correr la pro-

propria consideracion para con los reditos del Mayorazgo, mediante, que *ni el Marquès, ni otro qualquiera ha dudado ser vna misma cosa con la dote.*

273. Pero abstrayendo del concepto, en que su Abogado huviere querido imponerle, la alegacion es estraña en todas sus clausulas, y tanto, que no dexa duda en orden, â que ocurriò, y se formò sin leer los *numeros* 151. 184. y todos los del Punto V. de nuestro antecedente Informe, puesto, que no solo se fũdò allì, y se ha reiterado aquì desde el 225. hasta el 232. q̃ por los intereses, que se pretenden ob meram dotis retardatam restitutionem, no compete la accion, que por la dote; sino asimismo, que ni aun â la Duquesa pudo aprovechar el pedirlos en fuerza de su instrumento dotal, todas las vezes, que omitiò articular, y plenamente probar, ademàs el damno emergente, ô lucro cessante, que los haze licitos, insertando â este fin las resoluciones de diferentes Authores, y entre ellas las de Pedro Barbosa *part.* 1. *leg.* 2. *in princ. ff. Solut. matrimon. num.* 44. D. Castill. *lib.* 8. *cap.* 49. *num.* 40. y Carlev. *lib.* 1. *tit.* 3. *disput.* 8. *sect.* 4. *num.* 37.

274. Igitur, si aun para averse de valer la Duquesa, ô sus herederos, de la Executoria de graduacion por los reditos, que despues se liquidaron, les obstarìa el constar del mismo processo la excepcion, y defensas de ser providencias condemnatorias de intereses no justificados, aunque pedidos, â fortiori ob suprà dicta, & plura alia â D. Salgad. *part.* 3. *Labyrint. cap.* 1. *per tot.* avrà de obstar â la parte de el Mayorazgo de Castel-Rodrigo, que independiente del ningun derecho, para pretenderlos, ni los pidiò, ni los justificò, ni aun litigò con la del Estado, ni fue de este el pedimento, de donde se sacaron las palabras, que inserta *num.* 126. respecto de que, como queda fundado, nunca por èl se saliò al pleyto, y asi no ay assumpto para imputarle la omission, que enuncia en el 128.

275. Menos le ay para reflexionar aora *dict. num.* 129. sobre que si aun no aviendo justificado la Duquesa los correspondientes â su porcion libre de dote, ni el Marquès antecessor pedido, ni probado los que supone respectivos â sus pretensos 50U- ducados, se mandaron pagar sin embargo los vnos, y los otros, â fortiori vtique meliùs, se mandarìan pagar todos, si huvieran pedidose, y justificadose: porque si

â

â tal argumentacion huviera de atenderſe,ſiempre avrian de ſubſiſtir las determinaciones, por exceſsivas,que fueſſen, y pudieran los Authores, y entre ellos Scacia *de ſent. gloſ.* 14. *quæſt.* 16. *num.* 6. Vancio *de nullitat. tit.* 2. *num.* 8. Noguerol *dict. alleg.* 27. *à num.* 49. ac D. Salgad. *de Protect. part.* 4. *cap.* 9. *num.* 5. 10. *& ſeqq.* aver eſcuſado, quanto han eſcrito en orden â que deben ſer conformes in re, in cauſa, & in actione, *vt num.* 38. 187. *&* 188. de nueſtro primero Informe, *ac num.* 250. 251. y ſiguientes de eſte.

276. Preſente parece averlo tenido aſsi todo los Abogados, que en la primera, y ſegunda inſtancia defendieron al Mayorazgo, y poſſeedores de Caſtel-Rodrigo, pues los Licenciados Duràn de Torres, y Antonio Perez, que inſtruyeron, y firmaron la demanda por los 50ꝟ- ducados, no incluyeron, ni aun protextaron pedir intereſes de ellos; y ſobre poderlo hazer en conciencia, con ſolo tener duda azìa que fueſſen debidos, vt cum pluribus docet Gutierrez *lib.* 1. *pract. quæſt.* 26. *num.* 2. *ac quæſt.* 27. *per tot.* es viſto, que el omitirlos fue por arreglarſe à la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 2. *Recopil.* y juramento, que conforme à ella hizieron de no ayudar *en cauſas deſeſperadas, en que ſepan, y conozcan, que ſus partes no tienen juſticia.*

277. El Licenciado Don Juan de Oliver, que fue el que reſpondiendo à la ſuplica, y expreſsion de agravios, que el Eſtado hizo del auto de 6. de Noviembre en el particular de la *Excurſion*, y de la *Execucion* por los 47ꝟ388. ducados de dicha dote, no ſolamente no ſuplicò, ni protextò ſuplicar de èl, viendola denegada por los reditos, ſino que ni aun tocò el que ſobre ello huviera hechoſe agravio alguno al Mayorazgo, por practicar lo que proſigue mandando dicha ley, ibi: *Y que ſi huvieren comenzado à ayudar en algunos pleytos, en qualquiera eſtado de ellos, que ſupieren, y les conſtàre, que ſus partes no tienen juſticia, que luego les aviſaràn de ello, y les diràn, que ſe dexen de los tales pleytos, y que los dichos Abogados en tal caſo, luego ſe deſiſtan, y aparten de ayudar en los tales pleytos lo mejor, y mas ſin daño de las partes, que puedan.*

278. Y ſobre aver obſervado eſto miſmo el Licenciado Don Alvaro de Marchena, que le proſiguiò haſta el año de 1676. en que quedò concluſo, y deſpues de lo qual, nada haſta aora ſe ha buelto à actuar, no hemos de dudar ſe gover-

ver-

vernaron por la dicha ley recopilada, y por lo que previno Fontanel. *decis.* 154. *num.* 18. ibi: *Qui totum vitæ tempus in dandis consiliis aliis consumimus, nobis nunc circa id, quod non parum conscientiæ expedit, in illis dandis etiam consulamus, animæque prospiciamus, nedum aliis prædicamus, reprobi ipsi efficiamur.*

279. Esto fue lo que en sustancia, y con mas brevedad diximos *n.* 177. de nuestro primero papel, y lo que debemos repetir, tan sin notarles de poco practicos, como inadvertidamente se nos imputa *num.* 125. de el segundo contrario, que antes bien los traximos, y nombramos para mas autorizacion de nuestras defensas, ê indemnizarnos de el *Proh dolor,* conque en el 132. se explica el Actual, y conque se lamenta Pareja *tit.* 10. *resolut.* 2. *num.* 58. de los que no observan lo que ellos tuvieron por mas seguro observar, y practicar en este pleyto.

SATISFACESE A LO QVE POR PARTE DE el Marquès se replica, sobre lo que contra su primero Informe respondiò la del Estado en los Puntos 4. 5. *y* 6.

280. DEsde el *num.* 109. hasta 116. del primero papel contrario se caminò presuponiendo ser de la Duquesa Doña Beatriz, y no de sus Padres la vinculacion de los 50ꝗ ducados â favor de el Mayorazgo de Castel Rodrigo, y que consiguientemente era legitima la pretension de los reditos: Lo primero, por quanto perteneciendo aquel principal por cesion, que *ipso iure* avia hecho al referido Mayorazgo, y aver sus posseedores dexado de percebir lo que podrìa rendir, si en tiempo huviera restituìdose, veniamos â estàr en los terminos de la resolucion de el señor Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 37. donde con Cancerio difine deberse al cessionario, en quien concurriere la misma qualidad, que en la viuda cedente azìa quedar perjudicado ratione lucri cessantis, aut damni emergentis: y tambien por ser caudal destinado â Mayorazgo, segun Sabelli *in Summ.* §. *Interesse.* 30. *à num.* 14. y Graciano *discept.* 329. *num.* 30. ac *discept.* 759. *per tot.*

281. Sin que obstasse el reparar, en que ni por parte de la Duquesa, ni del Marquès antecessor se hizo justificacion alguna de las causales, que constituyen los mencionados in-

tereſes de lucro ceſſante, y damno emergente: Lo vno, porque en ſentir de el miſmo Olca, *vbi ſup. num.* 31. ſiguiendo â Gutierrez, Noguerol, Acoſta, y los Addentes al ſeñor Molina, baſta eſtàr en Region, ô Provincia, donde ſe frequentan las impoſiciones de cenſos, y empleos de fincas redituoſas; y lo otro, porque como en las perſonas iluſtres no es regular el ſer acoſtumbrados â negociar, ſe contemplan relevadas de la obligacion de aver de hazer dicha juſtificacion, ex traditis â Matheu *de re crimin. controv.* 40. *num.* 92.

282. Entrando noſotros â reſponder con la proteſta, de que no por ello fueſſe viſto confeſſar el pretenſo debito de los 50ʒ- ducados, ni ſepararnos de las defenſas, que quedaban fundadas en los tres Articulos antecedentes, diximos en el *num.* 195. 196. y 197. que de averſe de conſiderar exiſtente la vinculacion, avria de atribuirſe â ſus Padres, y no â la Duqueſa, conforme â las doctrinas de Mareſcot. *lib.* 1. *variar. cap.*28. *num.* 1. 2. *y* 3. y Fontanel. *de pact. nup. clauſ.* 5. *gloſ.* 10. *part.* 1. *tom.* 2. *num.* 27.

283. A que ſe nos hazen dos replicas: vna, que Mareſcot trata de gravamen pueſto por el Padre, ſin intervencion de la hija;y otra,que en quanto quiſimos aplicar el citado lugar de Fontanela, que reſuelve ſerle facultativo eſtablecerle, como que diſpone de caudal ſuyo,ſin perjudicar en ello â la hija, â cauſa de que con la otra mitad de dote ſe la conſidera reintegrada en ſu legitima, padecimos implicacion, olvidandonos de lo que en contrario de eſto dexabamos dicho *ex num.* 96.

284. Mas por lo tocante â la primera ſe elide facilmente, conque,ſobre no negarſe,q̃ Fontanela habla,como con efecto es aſsi,y conſta al *n.*27.en terminos terminantes de gravamen de reſtitucion conſentido por la hija en capitulaciones matrimoniales, y ſer cierto, que para probar ſu reſolucion trae *num.* 29. el de Mareſcot, debemos creer proceder ambos en vn miſmo ſentido. Fuera de que azia el expreſſado intento, baſtarìa el de Fontanela con los que allì cita.

285. Y en quanto â la ſegunda, aunque quedaba ſuficientemente excluìda con lo prevenido *num.* 112. de eſte papel, añadimos todavia aora aqui, para mayor claridad, que lo dicho en el 96. 97. y 98. de el primero, mirò,â que conſiderandoſe legitima de la Duqueſa los 60ʒ- ducados, ſobre

que cayò el permisso de vinculacion, no podia subsistir esta conforme â las doctrinas allì citadas, y lo dicho despues, y sin perjuyzio de esta verdad, en el 195. 196. y 197. mirò, â que considerandolos caudal de sus Padres, no avia tenido que ceder â favor del Mayorazgo, dexando assi manifiesto, que por ninguno de los dos mencionados medios le competìa, ni â sus posseedores el pretenso interusurio.

286. *Num.* 193. hizimos manifiesto, que en pretender el Marquès reditos de los 50ӥ- ducados, confundìa los 40ӥ- de la dote con los 10ӥ- de las arras. Y recurriendo â la replica, entra diziendo *num.* 132. *que quien leyere el aparato, conque se introduce el Estado en este quarto Punto, discurriria avia de hazer vn discurso, que no tuviesse respuesta.* Y deviendose seguir â tan elevado estylo alguna muy concluyente; es asi, que ni aun siquiera enunciativa de ella hemos encontrado. Conque fue el Defensor de el Marquès el primero, que sin embargo de su exageracion nos vino â confessar, no tenerla con efecto: vnde illud: *Salutem ex inimicis nostris.*

287. Bastabanos esto; pero â mayor abundamiento añadimos tambien aora, que el no darla proviene, no solo de averse yà desengañado, azia que nunca pertenecieron al Marquès dichas arras, y de que es justisima la decision 291. de Afflictis, y resolucion de Carleval *tit.* 3. *disp.* 8. *sect.* 4. *n.* 37. que con los muchos, que allì cita, denegaron intereses de ellas, sino tambien de aver reconocido, què por esso, ni aun los pidiò la Duquesa misma, como consta de su demanda fol. 448. R. 1.

288. En el 195. 196. 197. diximos tambien, que avià dexado de probar la pertenencia de los referidos 50ӥ- ducados al Mayorazgo por la cession, que presupuso averle hecho ipso iure la Duquesa en las capitulaciones. Y lo que â ello replìca *num.* 134. y repite en el 152. es, *què la omitiò, por ser notorio, pues nadie ha dudado, que en lo preciso del contrato, què se celèbrò por las capitulaciones matrimoniales, se le adquiriò al Mayorazgo de el Marquès vna accion directa, que es lo mismo, que cession ipso iure.*

289. Dura es la proposicion, nam *cùm actiones directæ adeò ossibus inhærent, vt à persona separari nequeant, leg.* 3. *ff. Pro socio. leg. Quod debetur. ff. de pecul.* Oliban. *de action. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 2. D. Olea *tit.* 1. *q.* 2. *num.* 39. & *tit.* 3. *q.* 1. *num.* 5. ac cum eo, & pluribus aliis, Antunez *de Donat. reg. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 98. & *cedere idem est, quòd dimittere, aut transferre*

ferre, & ius de vna in aliam personam commutare. ipse D. Olea *dict. tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 60. & 98. ita vt *omne ius abdicatur à cedente, vt transeat in cessionarium.* Fontanela *decis.* 166. *num.* 6. ac ipse D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 30. se infiere diversidad entre accion directa, y cession de ella.

290. Y aunque con estos mismos Authores se ocurra â dezir, que por transferirse las vtiles, y el exercicio de las directas *in substantia vna est actio ad idem competens,* est adhuc futil la respuesta, mediante que el referido reparo nuestro no se dirigiò â investigar si se le avrà, ô no adquirido accion para en el caso de purificada la condicion, y aver de tener lugar el vinculo, procederse â reintegrarle en los 50ꝯ- ducados, sino â manifestar, que no se probaba le perteneciessen por cession de la Duquesa, como con efecto, ni se probò entonzes, segun se confiessa de contrario, ni se haze aora con la Miscelanea del señor Olea *tit.* 4. que solo trata de fundar aver in iure las cessiones tacitas, que allì refiere (y que no brevemente hallarà en los dos tomos de Antunez, quien las buscàre, governandose por el modo irregular, conque la otra parte le cita) pero no justifica, que en nuestro caso aya alguna de ellas.

291. Provocado (segun confiessa *num.* 135.) de estos convencimientos, recurre â dezir en el 136. y repetir en el 151. y 152. que pues la obligacion del Duque, y del Estado en las capitulaciones, fue de aver de restituir dote, tiene el credito, que â su Mayorazgo le dimana de ellas, tan precisa coherencia con el de la Duquesa, que puede vsar del derecho proprio, que esta, ex Cancerio *part.* 2. *var. cap.* 15. *num.* 31. & 32.

292. La que tampoco es respuesta, mediante que si de contener las capitulaciones defecto, que las anulàra, resultasse interesse al Mayorazgo como â la Duquesa, estarìa bien, que â fin de recuperar dicho Mayorazgo el suyo deduxesse por razon de coherencia el derecho, que pudiera tambien deducir la Duquesa misma, que es el caso, en que habla Cancerio (no en el lugar, que de contrario se cita, sino en el *cap.* 16. *num.* 131.) segun aclaran vno, y otro las palabras de el 132. que omitiò trasladarle. ibi: *Allegando nullitatem testamenti ex eo, quòd tertius quidam fuerit præteritus.*

293. Faltando, pues, como por tan puntuales medios se ha verificado faltar â el Mayorazgo la cession, en cuya virtud supuso la otra parte provenirle la facultad, y privilegio

de

de exigir reditos de dote retardada, no avia para que bolver â indagar lo resuelto por el señor Olea *tit. 6. quæst. 2.* en el particular de su transmission, pero nos es preciso, y con prolixidad tolerable â causa de imputarsenos aora *num.* 140. que lo que con este Autor diximos â fin de excluir la transcendencia, procediò mas de confianza nuestra, que de aver reparado en la diversidad de questiones, que alli toca.

294. Sentando el Sr. Olea *num.* 1. y 2. aver Acreedores, y acciones, â quienes en la exaccion de los creditos compete privilegio de antelacion, como succede â la Muger por su dote, al Menor por su tutela, & sic de aliis, y que quando se ceden sus derechos se duda, vtrùm dicho privilegio passe al cessionario, previene (*n.* 11.) para averla de resolver la distincion de privilegio Real, *quod rei, vel actioni, causæ ve cohæret*, y personal, *quod personis speciali aliqua ratione indulgetur.*

295. Baxo cuya distincion dize en el 12. que cedida la accion, se entiende cedido tambien el privilegio Real eo, quòd vbi *privilegia causæ sunt, cum ipsa causa, & actione transeunt, ipsamque commitantur.* Y como el de la hypoteca tacita, concedido para la exaccion de la dote, y de la tutela *non tam personam mulieris, & minoris respiciat, quàm ipsi actioni de dote, & tutelæ sit concessum, inde est, vt in Cessionario mulieris, & pupilli, vel in eorum hæredes transferatur.*

296. Mas por lo respectivo â el personal, en que *non tam actio, & causa contemplata fuit, quàm persona, quæ meruit favorem,* presuponiendo *num.* 19. la opinion de Noalis *de transmission. casu* 23. que absolutamente nego ser cessible, resuelve por sì diziendo, deberse considerar *an ex eo, quòd in cessionarium non transferatur privilegium personale, aliquod cedenti damnum sequatur, nec nè? Si igitur cedens nullum damnum pateretur, cessionarius privilegio personali non vtetur.* Y la razon es, quia vbi *cedentis nihil interest cessionarium privilegiis personalibus vti, cessat favor personæ, cui privilegium illud speciali ratione fuit indultum.*

297. Pero que si de no poder el Cessionario vsar contra los bienes del deudor, cedido del privilegio, ô privilegios, que al cedente, por razon de su persona, competian, para preferirse en la exaccion de aquel credito, se siguiere dexarle de cobrar, y que de aqui dimane hallarse el Cessionario con regresso contra los del mismo cedente, *veluti quia iuris, & facti evictionem præstare tenetur, tunc in Cessionarium privilegia personalia transibunt.*

 Fun-

298. Fundalo aſsi haſta el *num.* 22. en que por legitima ilacion dize: *Vnde ſecurè reſolves ceſsionarium mulieris, pupilli, vel alterius, qui favore perſonæ privilegium prælationis habet, eo etiam potiri, quoties aliàs damnum ſequeretur cedenti.* Y reſpecto de que ſe la ſeguiria con efecto â la muger, y el perder indirectamente ſu privilegio de antelacion, cediendo la dote â acreedor ſuyo ſolutionis cauſa, ſi por no practicarle eſte dexaſſe de cobrar, le concede *num.* 24. la traſcendencia, ibi: *Nam cùm creditor, ſi eo caſu dotem exigere non valeret regreſſum habiturus eſſet contra mulierem, eiuſque bona, nè mulier indirectè damnum patiatur, eius privilegium, & prælationem haberet*: y eſto es, porque en tal caſo *non tam ei creditori, quàm ipſi mulieri conſulitur.*

299. Y aunque por oponion mas verdadera refiere tranſmitirſe tambien â los herederos forzoſos deſcendientes eiuſdem matrimonii, ac aſcendentes, *& ad Monaſterium ex perſona filii profeſsi*, ſe mantiene firme no obſtante en negarlo, por lo reſpectivo â otras qualeſquier perſonas, etiam que ſean acreedores, ſin exceptuar mas caſo, que el referido de la ceſsion ſolutionis cauſa, quier ſe pretenda vſar de dicho privilegio viviendo la viuda, quier deſpues de fallecida.

300. Y porque de eſtos Acreedores ay algunos, â quienes, demàs del privilegio de antelacion, compete el de llevar vſuras ob retardatam ſolutionem, empieza â tratar *num.* 27. otra queſtion, que conſiſte en aberiguar, ſi cediendo el credito, y accion, que â èl tienen, ſe transferirà tambien dicho privilegio, para que en ſu virtud *poſsit ceſsionarius eaſdem vſuras in poſterum exigere, quemadmodum ipſe cedens poſset?*

301. Y dexando prevenido en el 28. ſer efectiva, y valida la ceſsion hecha ſolamente del derecho â pedirlos, quedandoſe el cedente con la accion al principal, advierte en el 29. eſtar la duda en el caſo de ſer omnimoda la ceſsion, eſto es, del credito, y de los demàs derechos, que al cedente competen para pedirlas, ibi: *Quapropter dubium eo tantùm caſu verſabitur, quo actio, & creditum ceditur::: Cedendo ſimul, & transferendo in ceſsionarium omnia iura ipſis competentia.*

302. Expone, y refuta varias opiniones, y llegando al 31. diſtingue: ô la facultad de pedir vſuras dimana de cauſa, que principalmente no mira â la perſona del cedente; ibi: *Propter aliquam cauſam, quæ cedentis perſonam principaliter non reſpicit.* O por alguna eſpecialidad, que immediatamente ſe ra-

di-

dica en ella; ibi: *Ob aliquam causam, vel qualitatem in personam cedentis insitam.*

303. En el primero caso lleva con Bertazolo, Montano, Covarruvias, Valasco, Hermosilla, Tonduto, Merlino, y otros, passàr dicho privilegio al cessionario, como en las recompensativas, que permiten las leyes, *Curavit. Cod. de Action. empt.* y 2. *Cod. de Vsur.* succede â el de el vendedor, que no le està concedido por especial favor de su persona, sino â la misma dependiencia, â fin de evitar la injusticia, de que el comprador, reteniendose el precio, goze al proprio tiempo los frutos, ibi: *Quæ, cùm non permittantur propter aliquem venditoris favorem specialem, sed potius ex eo, quòd æquum non sit emptorem pretium rei venditæ retinere, simulque & eius fructus percipere.*

304. At verò en el segundo lo niega *num.* 23. con Rodriguez *de reditib. lib.* 3. *quæst.* 4. *num.* 41. Cancer. *part.* 1. *cap.* 7. *num.* 45. y Leotard. *quæst.* 19. *ac* 82. diziendo tambien ser este el, en que debe entenderse al señor Salg. *part.* 1. *Labyrint. cap.* 26. §. *vnico, num.* 10. y explicandose para mayor claridad con el exemplar del Mercader, que por retardarle la satisfaccion de su credito percibe intereses, y cessan cediendole en quien por no serlo carece de aquella qualidad personal, ibi: *Veluti si mercator cedat nomen, cuius ratione vsuras exigit: Nàm in cessionarium, in quo qualitas illa deficit, ius exigendi vsuras mercantiales, minimè transferetur.* Acaeciendo lo proprio por dicha razon aun con su heredero no Mercader, ibi: *Vt nec in hæredem non mercatorem ius illud transeat:* Imò etiam con el Acreedor mismo, si dexa de negociar, â causa de verificarse entonzes faltarle aquella personal circunstancia, en que se funda, ô de donde dimana el privilegio de permitirsela.

305. Evacuada assi genericamente dicha question, y queriendola contraer al caso especifico de viuda cedente, pregunta *num.* 33. *An vbi vidua cedit actionem de dote, transeat in eius cessionarium privilegium, & ius, quod ipsa habet exigendi ab hæredibus viri interesse, seu vsuras dotis retardatæ.*

306. Y como antes de resolverla era menester saber, quando se verifique el debersela con efecto tales reditos, hizo la prevecion de que, *licèt consentiant omnes non aliter vsuras dotales esse permissas, quàm si ex retardatione vidua aliquod lucrum amisisse, vel damnum ei emersisse appareat, iuxta latè tradita per Carleval, &c.* hallaba testificar Gutierrez, Noguerol, Acosta, y

los

los Addentes ad D. Molinam, practicarse el tenerse por justificacion bastante de estos intereses la frequencia de imposiciones, ibi: *Tamen indulgeri viduis invenio, vt non probato interesse, vel damno licitè dotis retardatæ vsuras exigant propter frequentes redditunm annuorum venditiones.*

307. Y aviendo tomado de aqui motivo la otra parte para querer persuadir *num.* 113. y 114. de su antecedente Informe, que dicho Author afirmaba ser privilegio especial de las viudas, el que *aun no probado el interesse, ò daño licitamente pueden pedir los reditos por razon de dote retardada por las frequentes ventas de annuos reditos*, se le excluye eficazmente este intento en los Puntos 5. y 6. tanto en sentir del señor Olea, quanto en el de el señor Castillo *lib.* 8. *cap.* 49. *num.*43. y señor Vela *disert.*35. *num.* 49. que no solo resisten por erronea, iniqua, y destituìda de fundamentos juridicos, la enunciada practica de Gutierrez, y Sequaces, sino tambien por no averla visto en los Authores, â que se remiten para testificarla.

308. E insistiendo todavia la otra parte en su proposicion, y en que es assi resolucion de el señor Olea, traslada aora *num.* 146. las expressadas palabras; pero con equivocada inteligencia, mediante no ser decisivas, sino relativas de la mencionada asserta practica, como consta de ellas mismas, ibi: *Id indulgeri viduis invenio*, y de las conque finaliza el contexto, ibi: *Testantur de praxi*, Gutierrez *de delict. quæst.* 91. *à num.* 31. *&* 33. Add. ad Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 6. multis relatis Noguerol *allegat.* 17. *art.* 1. *per tot.* Acosta *de privileg. creditor. regul.* 3. *limit.* 2. *num.*46. *in fin.*

309. De el proprio defecto nace el asseverar, que leìda integramente la clausula proxima, y no sin las palabras *cùm aliàs*, que repara omitimos *num.* 232. de el primero Informe, se hallarà claro aver sido de aquel dictamen suyo el Sr. Olea; porque antes bien es tan distinto, que con ellas, y sin ellas le està contra producentem dicha clausula, como lo evidencia el que yendo refiriendo el señor Olea la testificacion de aquella practica, prosigue mostrandose de diverso sentir en el hecho mismo de assegurar ser mas cierta, y verdadera la opinion contraria.

310. Ibi: *Cùm aliàs iuxta veriorem sententiam vsuræ non iustificentur ex eo, quòd frequens sit in Provincia reddituum annuorum venditio, nisi in specie etiam probetur stitisse occasionem emendi bona stabi-*

bilia, aut censum, simulque animum adfuisse, & destinationem implicandi pecuniam in emptionem census, vel stabilium, vt rectè tradit in terminis viduæ exigentis interesse dotis retardatæ Carleval dict. sect. 4. num. 32. in fin. & sect. 6. num 105. Larrea sup. num. 28. omnino videndus D. Vela disert. 35. à num.49. ad 53.

311. Siendo esto mismo lo que se probò en los citados Puntos 5. y 6. se nos objeciona vltimamente ser sacados de estos Authores los otros muchos, que allì juntamos. Y en satisfaccion de semejante replica estimamos por suficiente el dezir,q̃ de averle desagradado aquel fundamental modo de informar, debiò de provenir el que ninguno traìga para aver de probar su llamada respuesta al referido Punto 6. y el honestarlo con recurrir â la Executoria de graduacion (que sin embargo de no aver hecho tal justificacion, el Marquès antecessor le mandò pagar los reditos) presuponiendo, que hemos escusado encargarnos de ella, es delinear discursos â proporcion del deseo, pero con reparable desvio de la verdad, y sujetos al convencimiento sensible, que ministra aun el epigraphe solo de el Punto 3.

312. Bolviendo aora â la question, de si este privilegiado derecho de pedir vsuras ex dote retardata, passa, ô no al Cessionario de la viuda, afirma la parte del Marquès *num.* 142. de su segundo papel aver resuelto, que sì positivamente el Sr. Olea en el 35. y la forma de probarlo es dezir, que refiriendo aver opiniones contrarias, las resolviò in hunc modum: *Considerandum fore existimo, qua ex causa liceat viduæ vsuras dotis accipere, & in pactum deducere; an propter aliquem eius specialem, sive personalem favorem, an verò lucri cessantis, vel damni emergentis; taliter vt non constito de lucro cessante, vel damno emergente, non liceat ei similes vsuras exigere.*

313. Mas realmente se equivoca tambien en ello, mediante que dichas palabras no contienen resolucion alguna, sino advertencia, en que se ha de estàr para imponernos en lo interno, y critico de la question, y prevencion, conque se ha de ir para decidirla, como sin dexar la menor duda lo evidencian ellas mismas, leìdas con la puntualidad, que estàn en el original, ibi: *Vt veritatem assequamur considerandum fore existimo, qua ex causa, &c.*

314. Donde, pues, trae la resolucion es en los siguientes, diziendo en el 36. que siendo cedida por la viuda la dote

con todos ſus derechos â ella, en ſujeto, â quien la retardacion de la paga perjuyzio ninguno infiere *ratione lucri ceſſantis, aut ratione damni emergentis*, es materia indubitable no tranſcenderſele facultad alguna de pedirlos, ibi: *Indubitatum erit ceſsionario ius exigendi vſuras non eſſe*: y proviene de que *in eius perſona deficiat ratio, quæ eas iuſtificabat in vidua cedente.*

315. Y aunque es cierto, que en el 37. dixo parecerle juſta la tranſcendencia, quando en el ceſsionario concurrieſſe la miſma circunſtancia, que en la viuda cedente, azìa que *ex retardatione in ſolvendo lucrum amitteret, aut damnum ſentiret*; no ſe ha de entender eſto genericè, & vt ſic, id eſt, de aquel perjuyzio, que regularmente ſuele ocaſionar por sì la moroſidad en cobrar: por quanto ſi aſsi fueſſe, todos los Acreedores pudieran licitamente pretenderlo; y nada mas ſabido, que lo contrario, *ex cap. In Civitate. cap. Naviganti. de vſur.* cum aliis â Leotardo *quæſt.* 2. D. Caſtillo *lib.* 3. *cap.*32. Matheu *controverſ.* 40. & ipſo D. Olea *tit.* 3. *quæſt.* 12. *à num.* 26.

316. Sed mica ſalis, eſto es, quando la adquiſicion de dicha ceſsion fuere por titulo tal, que en ſu virtud quede la viuda cedente obligada â pagar intereſes de la demora, ô porque ſe los debia de aquel credito, para cuya ſatisfaccion le hizo la ceſsion, ô porque eſta fue de los que yà eſtaban devengados (que con efecto puede cederlos *vt num.* 44. ibi: *Decurſæ iam, & præteritæ rectè cedi poſſunt*) ô porque el contrato de ella fue de calidad, que le ſon permitidos al ceſsionario, como v.g. ſuccederìa, ſi para caſar alguna hija ſuya prometieſſe por dote de ella al marido eſte credito dotal, ſegun la eſpecie, de que habla *num.* 51. y deciſion del *cap. Salubriter. de vſur.*

317. Manifieſtaſe aſsi bien, de q̃ ſiendo la vtilidad de dicha viuda cedente la fundamental baſa de la permiſsion de aquella tranſcendencia, y el objeto, y fin preciſo, â que mira, como lo advierte Cancerio, *dict. part.* 1. *cap.* 9. *num.* 63. ibi: *Si ceſsio ſit vtilis mulieri*, citado por el miſmo D. Olea *num.* 37. no en otra coſa puede verificarſe, que en evitarla el regreſſo, que contra bienes ſuyos avrìa de tener el ceſsionario para cobrar con mas el principal, los que ocaſionàre la demora de el deudor cedido.

318. Aclaralo aun todavia mas el ſeñor Olea en la reſolucion, que por tener tan immediato parenteſco con eſta propone luego *num.* 39. ſobre ſi atento â poder el marido, ſegun

que-

queda ſentado, cobrar intereſes correſpondientes â la dote prometida, y hazer ſuyos los frutos de los bienes, que en ſeguridad ſe le pignoraren, cediere dicha accion contra dotis promiſſorem, ſe transferirà en el ceſsionario la facultad, y derecho de pedir aquellos reditos, y percibir dichos frutos; pues lo niega *num.* 43. y ſiguientes con Leotardo *quæſt.* 29. en el caſo de ſer hecha de la accion â la dote ſolamente â cauſa, de que entonces, ni cediò los devengados, ô que ſe devengaſſen, ni dicha ceſsion fue por contrato, ô titulo, en cuya virtud pudieſſe el ceſsionario adquirirlos.

319. De cuya inteligencia, y razon, es prueba ad oculos el concederlo, quando en determinado precio vende ſeparado de la accion â la dote el derecho, y facultad de llevar intereſes, y hazer ſuyos los frutos; y aſsimiſmo, quando vendiendo, y cediendo dicha accion â la dote, ô dandola in ſolutum, cede, vende, ô dà in ſolutum, juntamente el ius percipiendi fructus, aut vſuras.

320. Y la diferencia entre vno, y otro caſo dimana, de que en el primero, eſto es, quando la ceſsion ſe haze ſolo de la accion â la dote, como quiera, que el cedente no queda obligado â intereſes ob dilatam ſolutionem, ni la retardacion es capaz de producirſelos al ceſsionario, faltandole la penſion ad ſuſtinenda onera matrimonii, que reſide en el cedente, y es la cauſa permiſsiva de ellos, viene â faltar tambien la circunſtancia, de que in ceſsionario concurrat eadem qualitas, quæ in cedente, y por conſiguiente la razon potiſsima, en que el ſeñor Olea funda la tranſcendencia *num.* 37.

321. Y el que dicha qualidad concurra en el ſegundo, id eſt, quando pro certo pretio vende ſolo los intereſes, ô eſtos, y la facultad de pedirlos juntamente con el principal, proviene de que la adquiere ex contractu, & ab hominis diſpoſitione, vtilizandoſe el cedente con lo que del ceſsionario miſmo percibe â limine ceſsionis, vt notat *num.* 45. ibi: *Ratione illius iuris plus aliquid accipit maritus, quàm ſi nomen tantùm dotis venderet, aut cederet*; y en que de poderlos exigir, y percibirlos con efecto del deudor cedido, dexe de tener per evictionem dicho ceſsionario el regreſſo, que de no cobrarlos le compete contra los bienes de ſu cedente, ex abundè traditis â Guzman *de evictionib. quæſt.* 35. Giurba *deciſ.* 87. ac ipſo D. Olea *tit.* 7. *quæſt.* 3. per tot.

Ite-

322. Iterum ſe halla confirmada eſta verdad en el citado *num.* 45. donde dize, que ſi el marido, â quien de la dote ſe deben v. g. 1ŋ- los tomarè preſtados, y por aver entregado los predios pignorados, ô el nomen dotal al mutuante, ſuccediere percibir eſte los intereſes, ô frutos, ſe varìa mucho en el modo de adquirirlos. Si igitur el marido mutuatario cedente tenia obligacion de pagarlos ratione illius mutui, los avrà de compenſar con ellos el matuante ceſsionario, ibi: *Si maritus creditori mutuanti, ratione mutui vſuras præſtare obligatus ſit, quas creditor à dotis debitore percipit cum his, quæ ſibi debentur, compenſare tenetur.*

323. Conque, aunque en la tranſmiſsion conſiſte la facultad de pedirlos al deudor cedido, no nace la adquiſicion de ella del acto mero de la ceſsion, q̃ para percibirlos huviere hechole el mutuatario, ſino de la accion, que ratione contractus tenia contra eſte el mutuante para averſelas de exigir. Y por eſſo quando el marido mutuatario, y cedente no tenia tal obligacion de pagar intereſes al mutuante ceſsionario, entonzes los que eſte cobràre del deudor de la dote, ô los frutos, que percibiere de los predios pignorados, tan lexos eſtà de adquirirlos por titulo de ceſsionario, y como reditos correſpondientes al principal de ſu credito, que antes bien deben imputarſele para encuenta, y pago de èl, ibi: *Sin verò creditori vſuræ non debeantur, in ſortem pecuniæ crœditæ ſint imputandæ.*

324. En afianzamiento fixo de lo haſta aqui dicho tenemos las demàs reſoluciones de otros caſos, que propone deſde el *n.* 46. haſta el 53. y aun de mucho mas eſtrecho, como lo es el que trae *num.* 54. de ceſsion hecha â favor del Fiſco, ô de otro, â quien por eſpecial privilegio le ſean licitos los intereſes de la demora; mediante dezir, que para poderſe apropriar los que cauſare el deudor cedido, es meneſter, que el ceſsionario adquiera la ceſsion por titulo tal, que en ſu virtud tenga el cedente obligacion de pagarſelos.

325. Ibi: *Quando quis nomen debitoris ſimpliciter ceſsit, & aſsignavit ſolutionis cauſa ei, cui ſpeciali ratione, aut privilegio vſuræ debentur, ſi ceſsionarius ius haberet exigendi vſuras à cedente, quouſque debitor ceſſus ſolvit, crederem, conſiderandam eſſe cauſam, ex qua is, qui ceſsit, debitor cœperit eſſe ceſsionarii. Nam ſi ex iuſta, & neceſſaria cauſa debitor eius ſit, cùm tunc propter moram debitoris ſui,*

quem

quem cessit vsuras præstet ratione illius damni emergentis, quod patitur, vsuras, quas ipse solvit, â suo debitore rectè exigit, ad latè tradita per ipsummet Leotardum quæst. 75. *â num.* 27. *Hermosilla in leg.* 10. *glos.* 4. *num.* 52. *tit.* 1. *part.* 5.

326. Cierra el señor Olea su question, haziendose cargo *n.*55. de la replica, que se ofrece, sobre que si el privilegio personal, que el cedente tiene para preferirse in exactione â otros Acreedores, es transferible al cessionario, cada que de no exercerle este se perjudica al mismo cedẽte, porquè razon no ha de bastar esto in privilegio personali percipiendi vsuras? En tanto grado, que huviesse indistintamente resuelto, y dicho no ser con efecto transferible, ibi: *Quod indistinctè in cessionarium non transire diximus.*

327. Expone incontinenti la razon de diferencia de el vno al otro caso, diziendo, que quando la muger, el pupilo, û otro de los Acreedores, que gozan privilegio de antelacion, ceden la accion, que tienen al credito principal, sino passasse dicho privilegio al cessionario, quedarian expuestos al perjuyzio, de que no cobrando dicho cessionario, por no poder vsar de aquel privilegio de antelacion, â causa de no estarle transferido, tuviesse regresso contra el cedente, ibi: *Sed facilè discriminis rationem assignabis, si consideres, quòd vbi mulier, pupillus, alterve creditor, qui prælationis privilegium habet, actionem suam cedit, si in cessionarium privilegium non transiret, posset id in cedentis damnum cedere, si non exacto credito, cessionarius adversùs eum regressum haberet.*

328. Y assi para evitarles dicho perjuyzio es importante, que el cessionario vse del referido privilegio, ibi: *Quo casu expedit, cessionarium eodem privilegio frui,* y no se considera del cessionario, ni concedido â su favor, sino proprio del cedente, ibi: *Quod non tam ei, quàm ipsi cedenti tribuitur, eiusque persona, & favor, adhuc consideratur,* â fin de que por defecto de facultad de vsarle el cessionario, no acaezca el que obliquamente le pierda el cedente, ibi: *Nè alias obliquè, & per indirectum cedens privilegium suum amitteret.*

329. Pero quando ceden accion â credito, por cuya retardacion de paga les compete ratione suarum personarum derecho de pedir vsuras, daño ninguno se encuentra les resulte, de que en el cessionario no se transfiera aquel privilegio, ibi: *At verò, vbi ceditur actio, cuius ratione creditori ob eius per-*

 so-

ſonam exactio vſurarum propter moram, & retardatam ſolutionem permittitur, nullum detrimentum cedentis invenitur, quamvis in ceſsionarium privilegium illud non transferatur.

330. Cùm igitur no conſte, que la Duqueſa Doña Beatriz huvieſſe cedido los 60ꝧ ducados al Mayorazgo, y Poſſeedores de Caſtel-Rodrigo, ſobre bienes libres de el Duque Don Fernando, ni ſobre los frutos, y rentas de el Eſtado en ſatisfaccion de otros, que con reditos debieſſe â dicho Mayorazgo, ni de obligacion, que hiziera en orden, â que le ſerìan ciertos, en fuerza de la qual, y en defecto de cobranza tuvieſſen regreſſo contra los ſuyos el Mayorazgo, ô Poſſeedores, ni por el Marquès Anteceſſor en el pleyto, ni por el Actual en ſus dos Informes tal coſa ſe ha tocado, ni pudiera, porque no la ay; fue juſta, y no debiò eſtrañar la detencion que le encargamos *num.* 204. de el primero nueſtro azia eſpecular la vtilidad, que provendrìa â la Duqueſa, de que percibieſſen dichos Poſſeedores los pretenſos reditos.

331. Maximè, quando de el dicho nueſtro primero Informe, y en excluſion de el intento contrario ſon forzoſamente atendibles tambien otros diferentes medios, â que por conocer ſu certeza nada replìca la parte de el Marquès, y nos la confieſſa en eſſo *leg. Cùm oſtendimus.* §. *vltim. ff. de fideiuſor. leg.* 1. *Cod. de errorib. Advocat. leg. Minorem. Cod. Si tutel. vel curæ. cap.* 2. *de accuſat. lib.* 6. Tiraquel. *ad ll. connubial. verb. Expræs. gloſ.* 7. *num.* 37. ibi: *In iudicialibus ſemper taciturnitas habetur pro conſenſu.* Ac idem Barboſa. *Axiom.* 217. *num.* 4. cum Cancerio, & Surdo.

332. El primero es (*num.* 198. y 199.) ſobre que dado, y no concedido huvieſſe havido tal ceſsion, nunca pudiera aprehenderſe ſer mas que de el principal reſpecto, de que el derecho â los reditos de dote retardada, precipuè no capitulados initio contractus es perſonaliſsimo de las viudas, y tanto, que ni aun paſſa â los herederos eſtraños, ſegun alli ſe probò con Gomez *leg.* 50. *Taur. numer.* 58. Amat. *reſolut.* 49. *à numer.* 81. Barboſa *part.* 1. *leg.* 2. *in princip. num.* 31. Surd. *de aliment. tit.* 1. *quæſt.* 44. *num.* 72. ac *conſil.* 297. *à num.* 9. Giurb. *ad conſuet. cap.* 15. *gloſ.* 15. *num.* 19. & Card. de Luca *de dot. diſcurſ.* 161. *num.* 81. quibus additur idem D. Olea *dict. tit.* 6. *quæſt.* 2. *num.* 55. *in fin.* ibi. *cùm cedens actionem ſuam transtulerit, ceſſat omnino qualitas, cuius ratione vſurarum exactio conceditur.*

El

333. El segundo (*num.* 201. y 237.) sobre que omisso etiam, & absque præiudicio veritatis, fuessen cessibles, serian solamente los que corriessen durante la vida de la viuda cedente, vt ipse Gomez, *vbi supr.* ac *tom.* 1. *var. cap.* 11. *num.* 33. Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 132. *num.* 3. Cancer. *part.* 3. *cap.* 7. *num.* 46. etiam, que se verifique seguirse de ello aver de perder sus caudales los Acreedores, â causa de no tener la viuda otro, conque hazerles pago, vt constat ex ipso D. Olea *num.* 24. ibi: *Creditoribus etiam non præstatur, quia cùm ibi mulierem iam decessisse proponatur, personæ eius favor, & vtilitas cessat, eiusque nihil interest, quòd eo privilegio creditores sui vtantur.*

334. El tercero (*num.* 238.) sobre que, aunque para considerar reditusos los 60U- ducados, inclusos en los 110U- de la dote, y arras, quiera el actual Marquès se contemplen vinculados, mediante la destinacion de averse de agregar â su Mayorazgo, y Casa de Castel-Rodrigo, como con la doctrina de Sabelli *in summ.* §. *Interesse. num.* 14. y la de Matheu *controvers.* 40. *num.* 93. lo intentò en el 116. y 117. de su primero papel. Esto padece el convencimiento, de que no aviendolos con efecto hecho vinculados aquel destino, segun advierten Mieres *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 10. *num.* 51. y el señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 62. *num.* 80. vino â quedar el Duque deudor de cantidad, que por no aver en realidad estado jamàs vinculado, nunca pudo producir reditos algunos, aliàs enim, avrìa de dezirse producirlos qualquiera, que se debiesse â Mayorazgo.

335. El quarto (ibi, ac *num.* 246. y siguientes) sobre que, aunque Gutierrez *de iur. confirm. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 4. Flores, Diaz de Men. ad Gam. *decis.* 110. *num.* 3. y Rodriguez *de Reditib. lib.* 1. *quæst.* 16. *num.* 24. refieren executorias, en que deudores de Mayorazgos, Patronatos, Iglesias, y Menores, han sido ob retardationem condenados â pagar intereses, consta hablar de aquellos, que teniendo in se la obligacion de imponer, y emplear, vt notat ipse Sabelli, ibi: *Interesse debetur per eum, qui ex pacto tenebatur deponere aliquam pecuniæ quantitatem ad effectum illam reinvestiendi bonis stabilibus.* lo omitieron por estarse lucrando con los principales; y se probò assi ademàs ex Card. de Luca *de vsur. discurs.* 14. *num.* 15. ac *discurs.* 32. *num.* 3.

336. El quinto (*num.* 231.) sobre, que siendo la morosidad

dad juntamente con la verificacion del damno emergente, ô lucro cessante, la causa eficiente de la obligacion de el intersurió, dexa de tener efecto este, cada que en los deudores, ô sus herederos concurre motivo suficiente azia disputar, si se estaba, ô no, debiendo el principal, como allì se probò con la *ley: Si sine dolo. ff. de reg. iur.* y doctrinas de Genua *decis.* 118. Cancerio *tom.* 3. *cap.* 16. *num.* 69. y Volero *de decoct. tit.* 5. *quæst.* 4. *num.* 13. Y en cuyo sentido, y no con la amplitud, que la otra parte juzga, se entienden las de Leotardo *quæst.* 84. y 85. y demàs, que cita *num.* 148. de su segundo papel.

SATISFACESE A LO QVE POR PARTE DE el Marquès se replica, sobre lo que contra su primero Informe respondiò la de el Estado en el Punto 7. de el citado Articulo 4.

337. DEseando satisfacer individualmente al Informe primero del Marquès, ofrecimos *num.* 4. hazerlo en quatro Articulos, fundando en cada vno la defensa correspondiente: y por si lo fuesse probar lo estrecho, y restricto de las facultades Regias, concedidas â Posseedores de Mayorazgos, y tanto, que neque in minimo pueden exceder *de persona ad personam, casu ad casum, re ad rem*, se executò asi en el 29. *ex cap. fin. de Simonìa*, y lugares conocidos de Mieres *de Maioratib. part.* 4. *quæst.* 11. D. Salg. *in Labyrint. part.* 2. *cap.* 4. ac D. Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 5. & ibi Addentes, que tambien convino repetir en el 70.

338. Y como ademàs de esta restriccion intrinseca â todas facultades *L. Si pupillorum. §. Si Prætor. ff. de reb. eorum*, ibi: *Mea fert opinio eum, qui aliud fecit, quàm quod à Prætore decretum est, nihil egisse.* cum aliis â D. Salgado, vbi sup. ex *num.* 12. D. Molina *dict. cap.* 5. per tot. ac D. Larrea *decis.* 37. *num.* 11. concurriò en la concedida al Duque Don Fernando, la que per se, & ex natura sua contiene qualquiera fianza, *L. Stipulationum. §. Satis acceptio. ff. de verbor. obligat. L. Blanditus. Cod. de fideius.* vbi glos. ac D. Castillo *lib.* 4. *Controvers. cap.* 59. *num.* 51. maximè la taxativa, ô limitada â cantidad cierta, *L.* 68. §. 1. *ff. de fideius.* D. Larrea, vbi supr. *num.* 23. â distincion de la absoluta, y generica, id est, in omnem causam, & eventum, *leg.* 54. *ff. Locat.*

cat. fue consequente prevenir *num.* 30. que en adelante irìan contrayendose las que se considerassen conducentes â este assumpto.

339. Observòse tambien asi, probando *num.* 45. con la clausula misma de la facultad, y en el 46. y otros con Noguerol *allegat.* 40. *num.* 42. ac D. Salgado *part.* 2. *Labyrint. cap.* 5. â *num.* 17. repetidos en el 164. aver sido de dicha esfera la referida obligacion, y fianza del Duque, ê incluir igualmente la qualidad de subsidiaria, para no poderse vsar mas, que en defecto de bienes libres suyos, segun se confessaba por parte del Marquès *num.* 15. de su primero papel.

340. De modo, que todo lo ofrecido por la del Estado en los citados *num.* 29. y 30 se hallaba cumplido antes de llegar al Punto 7. tanto con aver fundado, que aun quando dicha obligacion huviera comprehendido reditos algunos, nunca pudieran considerarse debidos conforme â lo deducido en los 6. antecedentes; quanto por aver probado tambien en los tres primeros Articulos, que ni expressa, ni tacitamente los comprehendiò, ni pudiera comprehender, mediante la precision de arreglarse â dicha Real Facultad.

341. No expressamente; pues ni aun enunciados siquiera se encuentran en ella, ni en la obligacion del Duque, vt ex eis patet, y baxo cuya verdad se ha procedido por parte del Marquès en ambos papeles, segun consta â *num.* 122. del primero, y 157. de el segundo. Tampoco tacita, pues en que ni aun por interpretacion tenga lugar la extension, consiste la essencia de la restriccion â lo expresso, y el distintivo entre fianza absoluta, y taxativa, ô limitada, sicuti probatur *ex leg. Qui aliena. §. Libertos. ff. de negot. gest. leg. His solis. ff. de conditionib. & demonstrat.* & aliis â Farinacio *part.* 4. *Consil.* 76. *num.* 13. Menochio *Consil.* 795. *num.* 19. Azevedo *L.* 2. *tit* 3. *lib.* 8. *Recop. num.* 1.

342. Hallandose pues en este paraje el Informe sobre el particular de los reditos, fue consequente el dezir *num.* 260. *q̃ estaba demàs la question, de si se extendiò, ò no, à ellos la Real Facultad, y obligacion, que en su virtud hizo el Duque*: esto es, el bolverla â tratar; y en cuyo concepto, si la parte del Marquès huviera leìdo dicha clausula, nos escusarìa el cargo, de que no cumplimos lo ofrecido en los citados *num.* 4. 29. y 30. y el simular *num.* 154. del segundo suyo, si serìa *por conocer lo im-*

possible à vista de la Executoria de graduacion, que era preciso pusiesse silencio à la parte del Estado, no pudiendo la contraria tenerla en que desde el principio avia entrado esta manifestando no serlo conforme â los solidos fundamentos, que expuso â *num.* 19. y demàs, que refiriò Punto 3. per tot.

343. A mas de que en lo preciso se tocò allì dicha question, reiterando la cita del señor Larrea *decis.* 37. favorable en el todo â la defensa del Estado; y el no detenernos en ir respondiendo por menor â los textos, y argumentos, conque la parte del Marquès quiso fundar no obstante el que sin embargo de esta authoridad deben los intereses considerarse inclusos en las Facultades, sin necessidad de extension, ac imò potiùs per viam comprehensionis, fue, porque siendo, como eran, y se confessaba de contrario *num.* 124. del primero papel, sacados de Pedro Surdo *tit. 9. de aliment. quæst.* 31. se encargò de ellos el señor Larrea, y los dexò satisfechos con la erudicion, y acierto, que demuestra la Executoria de su Senado.

344. Y juzgando nosotros suficientissima esta respuesta, no solo por protegida de Author tan clasico, y sublimada con Executoria, que decidiò (vt ibi *n.* 16.) *Facultatem, qua bona maioratus ad restitutionem dotis fuerunt obligata, non extendi ad interesse posteà debitum ex accidenti, & mora, quando ab initio de vsuris dotalibus minimè convenit,* (como aqui succediò, pues vamos conformes, en que no se capitularon) sino tambien por canonizada ademàs en la Sacra Rota, segun advierte Luca *de Regal. disc.* 10. *num.* 5. ibi: *In qua decisione constat, Rotam satis fundasse:* y â vista assimismo de que para acomodarlos todavia â su intento la otra parte, y el lugar de Noguerol *allegat.* 17. *art.* 2. queria persuadir con la decision 212. de el mismo Surdo, ser *absoluta, ac in omnem eventum, & causam,* y no *taxativa, y limitada* la fianza de el Duque; nos pareciò conveniente pararnos mas en este assumpto, â fin de manifestar, y fundar lo contrario, como con efecto se hizo *à num.* 263. *ex leg.* 68. §. 1. *ff. de fideius. leg.* 54. *ff. Locat. leg.* 46. §. 4. *ff. de Administ. Tutor. leg.* 4. *leg.* 22. *C. de vsur.* D. Larrea *num.* 23. & 29. y otros muchos Authores, q̃ alli se citaron, y lo que mas es con el proprio Noguerol *allegat.* 40. *num.* 42. y Surdo *in dict. decis.* 212. ac *in quæst.* 31. *tit.* 9. *de aliment. num.* 72.

345. Escribiendo el Abogado del Marquès con animo

de

de replicar â lo que le respondiessemos, dize aora *num.* 155. y 168. aver cuydadosamente reservado para ello doctrinas tales, que le afianzan el firme dictamen de la justicia, que ha conceptuado tener en esta pretension, reiterando azia persuadirla los dos antecedentes medios: Vno (*num.* 157.) Que la Real Facultad es extensiva â los reditos; y otro (*num.* 168.) Que la fianza fue absoluta, y no limitada â los 50U ducados, â causa de no averse puesto en ella alguna de las taxativas *Tantùm, Duntaxat, Solùm, Non plus*, aut similia.

346. Mucho nos prometia en punto de exquisitas doctrinas la referida premeditada reserva; pero vistas las que yà por vltimo ha propalado, podemos con seguridad hazer la pregunta, que Marcial *lib.* 5. Epigram.

Cras te victurum, cras dicis, Posthume, semper;
Dic mihi cras istud, Posthume, quando venit?

Respecto de que entendidas veridicamente, y sin violencia alguna, son tan favorables al Estado, y tan contra producentem al Marquès, que evidencian no aver comprehendido bien la distincion entre vsuras intrinsecas, y accidentales, ni aun lo que mas es leìdo siquiera la Real Facultad.

347. La diversidad de contratos, y variedad en los modos de celebrarlos, ocasiona tambien variedad, y distincion de vsuras, intereses, y reditos, segun se tocò *num.* 230. y 231. de este papel. Quando igitur el contrato se celebra dando el dinero â fin de que redituè, (como succede en el de censo, y cambio) le son intrinsecos â èl, y â la obligacion, y accion, que produce, y accesorios â el principal, que los causa; y por esso no ay necessidad de capitularlos, ni de recurrir para su devengamiento â lucro cessante, damno emergente, ni otro motivo alguno externo: vt cum *leg. Lucius. ff. Qui pot. in pign. hab.* docent Barbosa *part.* 3. *leg.* 1. *ff. Solut. matrim. num.* 28. D. Castillo *lib.* 8. *cap.* 36. §. 5. *num.* 27. ac Card. de Luca *dict. discurs.* 10. *de Regalib. per tot. & præcipuè num.* 5.

348. Tambien lo son â el de dote constituìda de forma, que se consideren frutos de ella, como succede, quando aviendose dado inestimado algun predio, se dexò de restituìr este tempore debito, y se estuvieron perciviendo el marido, ô sus herederos, los que juntamente con dicho predio tocaban â la viuda, ô herederos de ella: vt tenent D. Larrea *vbi sup. num.* 19. 20. & 22. ac Card. de Luc. *dict. num.* 5.

y en el de otro qualquiera, en cuya celebracion se estipulan, que segun Carleval *lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 8. *num.* 4. en todos puede hazerse, quedando el quanto de dichos intereses sugeto â la justificacion, que pide el damno emergente, y lucro cessante: Vt ibi, & ex *sect.* 1. *ad* 7.

349. Sin salir todavia de el contrato de dote le son tambien intrinsecos â èl, y â su accion, y accessorios al principal en otros muchos casos, que concisamente ministra Paschalis *de virib. patr. potest. part.* 2. *cap.* 7. y de que es precisa alguna exposicion por lo mucho, que â este Author citan otros sobre el particular, de que son vna cosa misma, que la dote, y pueden, y deben pedirse por la accion de ella, y sobre el particular tambien, de que son comprehendidos en las Facultades concedidas â Posseedores de Mayorazgos, y obligaciones dotales, que estos hazen, y en las de sus fiadores, sin embargo de que ni en ellas, ni en dichas Facultades se expressen reditos algunos.

350. Presupuesta la obligacion, que de dotar las hijas tienen los Padres, *L. Qui liberos. ff. de ritu nuptiarum. L. final. Cod. de dotis promis.* y tan legal, y estrecha, que en fuerza de ella, y no obstante la prohibicion de la *ley fin.* §. *penult. Cod. Comm. de legat.* azia enagenar bienes, que dexaren vinculados, pueden enagenarse para averlas de dotar. *Authent. Res, quæ. Cod. eod. L. Mulier.* §. *Cùm proponeretur. ff. ad Trebelian*, mueve *ex num.* 32. por principal entre otras questiones la de si aviendo casado alguna, y no entregado el Padre la dote, que ofreciò, y asimismo hablando de Posseedor de Mayorazgo, que aviendo obtenido Facultad para sacar de alli la dote, no la sacò, en cuyos casos se deben reditos al Yerno, que la estuvo alimentando. *cap. Salubriter. de vsur.* deberàn enagenarse igualmente para aver de satisfacer estos reditos.

351. Resuelve, que si; fundandolo, en que sentada la obligacion del Padre, y Posseedor dotantes de aver de alimentar â la hija, hasta ponerla en estado, y la de aver de entregar incontinenti al marido la dote, que ofreciò, mediante aver de servir para sustentar las cargas de aquel matrimonio, *L. Pro oneribus. Cod. de iur. dot.* fue implicitamente embebido aqui el pacto, de que acaeciendo ratardacion se huviesse de considerar debuelto al dotante aquel principal, â fin de que redituasse, y por consiguiente intrinsecos dichos reditos al mis-

mismo contrato, y obligacion, y accion, que de èl nació, y accessorios â su principal, y no accidentales provenientes de la mera morosidad; y por ser esta la mente, y concepto de Paschalis, prueba su resolucion *num.* 40. con la yà citada ley *Lucius. ff. Qui potior. in pignor. habeant.*

352. Todos los quales casos, y el que traen D. Molina *lib.* 4. *cap.* 5. & ibi Addentes de intereses pactados con el marido en la constitucion, y recibo de la dote para averlos de pagar, retardandose la restitucion de ella, distan infinito del de nuestro pleyto, puesto que ni el Duque tenia por respecto alguno obligacion de dotar â Doña Beatriz de Moura Corte-Real, ni obtuvo la facultad para obligar los frutos, y rentas del Estado â la entriega de dote alguna, que huviesse ofrecido, ni en la que otorgò de aver de restituir la que percibiò, quando casò con la susodicha, se capitularon intereses, ô reditos algunos para en caso de morosidad.

353. At verò, los que se pretenden por esta vnica razon, id est, ob meram dotis dilatam restitutionem, como quiera que dicha morosidad es causa accidental, y tan posterior, que principia aun mucho despues de disuelto el matrimonio, son por consiguiente accidentales de tal forma, y extrinsecos en tanto grado, que por sì solos hazen, y constituyen credito principal separado, y distinto de la dote: y asi para la exaccion ni compete la accion dotal, ni aun en realidad tienen alguna, eo, quòd non proveniant ex conventione, como era menester para averla de tener especifica. *L.* 51. *ff. de action. Princip. Instit. eod.* ô la general *præscriptis verbis iuxta leg.* 2. *ff. de præscript. verb.* Y por esso, y ser justo aya remedio de que vsar, cada que acaezca ser legitimameete debidos, se recurre â el oficio del Juez.

354. Este discurso quedò (aunque mas brevemente) fundado en los *num.* 151. 181. y 182. de nuestro primero papel, y se ha repetido en el 225. y 230. de este con Marinis *lib.* 1. *var. resol. cap.* 76. *num.* 2. ac D. Larrea *dict. decis.* 37. *num.* 22. y es proprisimo al intento el 10. del Card. de Luca *tract. de Regal. tom.* 2. sin embargo de la gran confianza, conque la parte del Marquès le adapta al suyo, mediante que el considerarle favorable, nace de aver aprehẽdido, que este Author procede en el concepto de que para ser intrinsecas, y naturales las vsuras, y por consiguiente vna cosa misma con el

 prin-

principal, basta dimanen ex contractu bonæ fidei.

355. Y en ello se equivoca, pues vna cosa es sentar, que en los contratos de su consulta se obraba con buena fee, ibi *num.* 4. *Cùm ageretur de contractibus bona fide*, y que conforme â las circunstancias, que en ellos avian concurrido, eran intrinsecas, y naturales dichas vsuras, y no accidentales, y extrinsecas; y otra, y muy diversa, afirmar, que les eran intrinsecas ex eo precisè, que dichos contratos fuessen de buena fee: porque esto vltimo no lo dize.

356. Ni pudiera dezirlo, mediante que tomandose aquella denominacion â correspondiencia de la causa productiva, se llaman intrinsecas al contrato, quando este es quien las produce, tanquàm intrinsecus, & naturalis effectus eiusdem contractus. Y llamanse extrinsecas, y accidentales, quando quien las produce no es el contrato, sino la morosidad, que en realidad le es distinta, y accidental, vt proveniens posteà ex culpa debitoris.

357. Y asi el explicarse Luca refiriendo provenian *ex intrinseca natura contractus*, no apela sobre ellos, como considerados, vt sic, & nudè sumptos, sino como qualificados con la naturaleza, y calidad de el credito de cada vno, vt docet statim ibi: *Seu crediti qualitate*.

358. Dichos contratos, sobre que và hablando, eran de Cambios, y Compañias, segun previene *num.* 1. ibi: *Societatum, vel Cambiorum*, y por consiguiente fructiferos ex natura sua, vt asserit etiam ibi: *Et sui natura fructiferis*: y esto presupone dos cosas: Vna; ser dado sub vsuris el dinero en la celebracion, y creacion de ellos, id est, â fin de que redituasse: y otra; que cõtuvieron por consiguiente el pacto de aver de producir vsuras, ô implicito, â causa de embeberle en sì la calidad, y naturaleza de tales cõtratos, como introducidos â esse fin por derecho; ô explicito, porque los cõtrayentes lo capitularon asi.

359. Y esto es conforme â lo proprio, que dexamos dicho, y diverso mucho del caso, en que por provenir ex sola retardatione, ac proinde ex causa extrinseca, & accidentali, como lo es la morosidad, no son de aquella esfera los intereses, vsuras, y reditos, sino extrinsecos, accidentales, y separados de suerte, que constituyen por sì solos credito separado, y distinto del principal, y para cuya cobranza ex eo, que por esta razon misma falte accion, no ay otro remedio, que el de recurrir al oficio de el Juez.

Bue-

360. Bueno serìa probarlo assi con palabras del mismo Luca, y especialmente dentro de el proprio *num.* 4. citado en el 172. de el papel contrario; pero mejor si tuviessen el realze de hallarse, como estimadas por el Abogado de el Marquès, transcriptas en èl. Ait igitur Luca difiniendo la calidad de las vsuras, ô intereses, correspondientes â los contratos de su consulta: *Sed veniant* (y prosigue la otra parte trasladando) *nedum extrinseca natura contractus, seu crediti qualitate, sed etiam ex implicita, vel explicita partium stipulatione; ita vt creditum fructuum non sit accidentale, neque omnino diversum, & separatum ab altero sortis, vt est in primo casu, sed sit vnum, & idem cum sorte, tamquàm intrinsecus, & naturalis effectus eiusdem contractus.*

361. Conque clara, y distintamente manifiestan, que el considerarlas, y denominarlas intrinsecas, y naturales este Author, no consistiò in eo precisè, que fuessen, ô no bonæ fidei los contratos; sino en que siendo dado el principal sub vsuris, contenian intrinsecamente, & ab initio suò el pacto implicito, ô explicito, de que el deudor las huviesse de satisfacer; y assi no se le pedia cosa, que desde el principio no tuviesse consentida, y hecha obligacion de pagar.

362. Ni para imaginar lo contrario debiò el Defensor del Marquès assirse de las otras, en que Luca dixo, que las vsuras de aquellos contratos de cambios no venian accidentaliter, como las que en los stricti iuris se piden *ex eo solo Iudicis officio post motam litem*: porque esto no fue haziendo comparacion de contrato â contrato con la assertiva, de que vnicamente en los de estrecha naturaleza sean accidentales, y extrinsecas; sino de caso â caso: esto es, que las de los contratos de su consulta eran intrinsecas, y naturales, por ser â su principal intrinseco, y natural el producirlas, como dado â este fin; y que no lo son, sino accidentales, y extrinsecas las de aquellos, en que por faltar estas circunstancias, es la morosidad, quien las causa.

363. Præterea, aviendo de ser intrinsecas, y naturales las vsuras, ô por identidad, ô por vnion precisamente, jamàs pueden tener semejante denominacion, ni considerarse de tal naturaleza las que se piden ob meram principalis retardatam solutionem, quier aya sido bonæ fidei, quier stricti iuris el contrato.

364. No por identidad, vt est risibilitas in homine, pues

las

las produce causa accidental, extrinseca, y posterior, vt docet I. C. Paulus *in leg. 40. vers. Si cùm fortis petitio*, ibi: *Vsuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant.* Tampoco per vnionem, vt est calor in manu ad ignem admota, mediante que si asi fuesse, no constituirìan credito distinto, y separado de el principal, que con efecto le constituyen por sì solas.

365. De todo ello tenemos tambien clara, y concluyente prueba en el señor Larrea *dict. decis.* 37. pues sentando por cierto ser bonæ fidei el contrato de dote *ex text. in* §. *Fuerat. Instit. de action.* y que se deban reditos, porque la morosidad en restituirla perjudicò â la viuda ratione lucri cessantis, aut damni emergentis (segun lo expuesto *Punto* 4. 5. y 6. del primero papel, y à su correspondencia reiterado en este) no consiente, el que por esso ayan de considerarse intrinsecos, y naturales, ni el que sean vna misma cosa con la dote, ita vt eadem actione possint exigi; ibi (*num.* 22.) *Tunc etiam de per se principaliter in hoc casu venit interesse, quia nascitur posteà ex mora, quæ in restituenda dote facta est, & ideò non nascuntur vsuræ cum obligatione principali, sed ex accidenti culpæ supervenientis.*

366. Ergo ecce casus, in quo, siendo el contrato de buena fee, y verificadose deberse reditos, no son intrinsecos, ni naturales, ni vna cosa misma con el principal, sed imò potiùs quid diversum, & omnino separatum, y por essa razon con remedio distinto para su exaccion, que como previenen Luca *dict. num.* 4. y Marinis *dict. lib.* 1. *var. cap.* 76. *num.* 2. es el oficio de el Juez.

367. E contra verò; el contrato de mutuo es stricti iuris, pues segun D. Covar. *Regul. possesor. part.* 2. §. 6. *à num.* 4. Valasco *de iur. Emphyt. quæst.* 5. *num.* 1. P. Molina *tract.* 2. *disp.* 259. *num.* 1. y Garcia *de expens. cap.* 23. *num.* 10. lo son todos aquellos, que dexò de numerar por de buena fee el §. *Actionum. Instit. de action.* Y por esso para aver de hazer de esta classe al de Cambio recurriò Raph. Turri *disp.* 1. *quæst.* 12. *num.* 29. â dezir provenìa de no estar conocido entonzes.

368. Y con todo esso, si hallandose vn Mercader para emplear su dinero en negociado ciertamente fructuoso, le prestàre, previniendolo, y pactando intereses para en caso de no restituirsele â tiempo, podrian dezirse intrinsecos, mirado el contrato, no genericè como mutuo, sino specificè como tal motuo, esto es, como circunstanciado, y vestido

de

de aquel pacto, y convencion, que le diò accion, en cuya virtud, y no ex mera tarditate los pediria, ad latè tradita per Carleval *tit. 3. disp. 8. sect. 6. per tot.*

369. Por esso refiriendo D. Larrea la determinacion de su Tribunal en el Punto, de que la Facultad Real expedida â Posseedor de Mayorazgo para obligar los bienes de èl, â la restitucion de la dote, no se extendia â los intereses de el tiempo, que se dilatò, tuvo el vigilante cuydado de prevenir *núm. 16.* que no avian pactadose, ibi: *Quando ab initio de vsuris dotalibus minimè convenit.*

370. Y el que en la sujeta materia deba tenerse presente dicho reparo, y caminarse con la referida distincion de vsuras naturales, y accidentales, intrinsecas, y extrinsecas, para averla de resolver con veridico conocimiento de los terminos, en que se pronunciò aquella decision, y nos pongamos en su genuina inteligencia, lo advierte el mismo Luca *n. 5.* trasladado en el 173. de el papel de el Marquès, ibi: *Quoniam num. 16. vbi Senatus determinatio refertur, proceditur cum dicta distinctione, vt scilicet, in assensu non veniat illud interesse, quod ab initio conventum non est, sed est accidentale, oriens tanquàm novum debitum ex mora.*

371. Y siendo este el contenido, y mente de aquella Decision, prosigue Luca diziendo distar de los terminos del caso, que se le consultaba, ibi: *Quod his terminis convenire non poterat:* Y à causa, de que por esse motivo, y para averle de resolver, se apartò de ella, y se conformò con el señor Castillo *lib. 8. cap. 36. §. 5.* extollit vires el Defensor del Marquès, asseverando no ser del presente assumpto la Decision del señor Larrea, mediante hablar de vsuras accidentales, y que sì lo son el señor Castillo, y Luca, que proceden en terminos de las intrinsecas, y naturales, de cuya esfera son las que en este pleyto se piden.

372. Optimè quidem: Ergo si fuessen extrinsecas, y accidentales las que con efecto pretende, le obstarìa la referida decision; pues lea aora lo hasta aqui dicho, en orden â serlo con efecto. Luego si el señor Castillo, en quanto hablando con la *ley Lucius. ff. Qui potior. in pignor. habeant. ley Quæro. ff. locat.* dixo extenderse â ellas las hypotecas obligadas â el principal, hablàre de intrinsecas, y naturales, no estarà en su favor: pues oìgale tambien *num. 27.* ibi: *Quando quid datum*

est SVB VSVRIS, *& pignora simpliciter sunt obligata, tunc videbuntur data tam pro dote, quàm pro* VSVRIS PROMISSIS.

373. Deinde etiam: Ergo si el Cardenal de Luca, en quanto se desviò de la citada decision Granatense, hablàre assi mismo de estas vsuras intrinsecas, y naturales, tampoco le serà favorable; pues oigale tambien *num.* 5. trasladado en el 173. de su segundo papel, ibi: *Dum agebatur de creditis ex causa Cambiorum, vel Societatum officii de sua natura fructiferis, & sub quibus fructus veniunt ex conventione ab initio, & ex natura contractus.*

374. Y porque assi para mayor comprehension de lo referido, como para satisfacer â lo demàs, que con este lugar continùa discurriendo la otra parte desde el *num.* 174. conviene tener presente el caso, y dubio de la consulta hecha â Luca, es en la forma siguiente.

375. Vn Notario de la Curia Romana, cuyo oficio era inalienable, contraxo debitos de tres classes. Vnos de Mutuo, y Cambio: otros de Compañia, sin aver precedido facultad para obligarle â ellos: y otros de Compañias, y Cambios, â que le obligò en virtud, de la que obtuvo sin hazer mencion de las vsuras, intereses, ô reditos, que pudiessen producir.

376. Formado concurso, y vendido el oficio, fueron preferidos en el valor por sus principales estos Acreedores de la tercera classe; y movida despues controversia sobre si les competia la misma prelacion por las vsuras, ê intereses, se resolviò, que no *num.* 1. ibi: *Resolutum fuit contra creditores posteriores habentes Decretum, eorum scilicet potioritatem ex Decreti reservatione resultantem, pro constanti firmatam quoad sortem principalem, tam in prima, quàm in hac secunda decisione, non competere pro fructibus, seu vsuris*; siguiendo â Aflictis, Freccia, y Larrea, en orden â que la Facultad Real para obligar bienes Mayorazgados, solo tiene efecto por lo respetivo al principal del credito, sin extenderse â vsuras, especialmente, quando se expide para debito de determinada cantidad.

377. Consultado sobre este segundo caso el Cardenal de Luca, respondiò parecerle peligrosa la resolucion referida, â causa de que los frutos, y vsuras, sobre que se disputaba, no eran extrinsecos, y accidentales, y de los que se debian solo Iudicis officio, y componian por sì solos credito distinto, y separado del principal, como lo eran los contenidos en di-

cha decision Granatense, y de que hablan aquellos Authores; sino intrinsecos, y naturales, tanto por dimanar de lo intrinseco, y natural de los mencionados contratos, quanto, porque conforme â su calidad se consideraban pactados, y ser vna cosa misma con el principal.

378. Y haziendose luego cargo de la replica, sobre que siendo concedida la Facultad para obligar dicho Oficio â cantidad determinada de principal, no era extensible â reditos, ê intereses, responde *num.* 7. que esto milita en los accidentales, y extrinsecos; non autem en los intrinsecos, y naturales, ibi: *Sed sub ea tanquàm de necessario, seu connaturali consequenti, veniunt accessiones, vt dictum est, non accidentaliter, & extrinsecè; sed intrinsecè, & connaturaliter ex ratione comprehensiva, non autem extensiva.*

379. Añadiendo, que para considerar exclusos los intrinsecos, y naturales, era menester clausula tan limitada al principal, que con efecto los excluyesse, ibi: *Quia vbi non accedunt verba precisam taxationem importantia, summa expressa dicitur stare demonstrativè ad eam pecuniæ quantitatem, quæ in contractũ deducitur, & pro qua contrahitur bonorum prohibitorum obligatio.*

380. Y aunque es verdad, que tambien dize, que esta limitacion no se deduce ex eo, que la Facultad contenga cantidad determinada, respecto, de que semejantes Facultades nunca se conceden indefinidamente, ibi: *Prout nullius momenti ponderabam expressionem certæ summæ, tum, quia huiusmodi assensus numquàm indefinitè concedi solent, sed semper certam summam habent expressam,* debe advertirse, que la circunstancia de considerarlas sin embargo extensivas â intereses, la contrae â las que se pretenden, y expiden, para obligar bienes vinculados â creditos, que se sabe han de producirlos, ô porque ex se son fructuosos, como los Censos, Cambios, Compañias, &c. ô porque estàn yà estipulados, ô han de capitularse.

381. Y entre otras razones, que del contexto de su discurso se sacan â este proposito, es apreciabilissima la que dexaba dada en el *num.* 5. sobre que por el mismo hecho de ser estos intereses el efecto natural, ê intrinseco de tales contratos, no solamente pudo sin duda alguna conocerlo assi el Principe, para que se huviessen de considerar comprehendidos, sino que debiò tenerlo presente, como consta en dicho

nu-

numero, trasladado fielmente, y ſin el *non*, que la otra parte le añadiò, ibi: *Ita vt abſque dubio Princeps concedendo aſſenſum, ſeu Decretum, de illis cogitare potuerit, ac debuerit.*

382. Y muy del intento de el Eſtado el modo, conque *num.* 8. explica, y reſponde al ſeñor Salgad. *part.* 2. *labyr. cap.* 4. diziendo, que en quanto afirma eſtàr taxativè en las Facultades la cantidad del principal, y que por conſiguiente no ſe eſtiende â reditos, habla de la que fue concedida para contrato, que ex ſe no avia de producirlos, ô porque no era fructuoſo, ô porque no eſtaban pactados; y por cuya razon, como extrinſecos, y accidentales, no fue viſto averſele prevenido al Principe, para que ſe arguya, que con conocimiento de poder aver tales intereſes, expidiò dicha Facultad.

383. Ibi: *Concluſio enim, de qua Salgado in Labyrint. part.* 2. *cap.* 4. *Vt ſumma cenſuatur ſtare taxativè, rectè procedit, nè excedat ſortem, ſive vt ſub aſſenſu non veniat intereſſe extrinſecum â concedente aſſenſum, non præcognitum, non autem intrinſecum veniens de neceſſaria conſequentia, ſeu de natura contractus, cui adiectus eſt.*

384. No ſolo por lo yà dicho ſe halla evidente nueſtra aſſercion, en orden â ſer contra el Marquès todos eſtos Authores, mediante ir conformes, en que â reditos extrinſecos, y accidentales, como ſon los de la dote, q̃ ſin eſtàr capitulados ſe piden ob meram dilatam ſolutionem, no ſe extienden las Facultades Reales, ſino que ſe robora, y confirma mas con la que al Duque ſe concediò en 16. de Julio de 1597. para aver de obligar los frutos, y rentas del Eſtado â la reſtitucion de los mencionados 50ꝟ-ducados de dote, y arras; reſpecto de aver ſido expreſſamente reſtricta, y limitada con efecto â eſta ſola cantidad, pues contuvo las *Taxativas*, que la otra parte echa menos *num.* 178. de ſu ſegundo papel, como ella miſma lo manifieſta fol 475. b. R. 4. ibi:

385. *Y à falta de bienes libres podais hazer la dicha obligacion por todos los dichos 50ꝟ-ducados de parte de dote, y arras, y otorgar ſobre ello las cartas de obligacion, y otras qualeſquier eſcripturas, q̃ para firmeza, è validacion de lo ſuſodicho fueren neceſſarias de ſe hazer, las quales, por la preſente confirmamos, loamos, y aprobamos, è interponemos â ellas, y â cada vna de ellas nueſtra authoridad Real, è queremos, è mandamos, que valgan, è ſean tan firmes, y valederas,* EN QVANTO FVEREN CONFORMES, Y NO EXCEDIEREN, NI PASSAREN DE LO CONTENIDO EN ESTA NVESTRA FACVLTAD.

De-

386. De muchas partes de esta clausula se prueba lo referido: Pues primeramente las palabras *No excedieren, ni passaren*, equivalentes â estas, *Sin exceder, ni passar*, id est: *Absque eo, quòd excedatur*, establecen vna absoluta negativa, vt docet Bald. *in leg.* 23. *Cod. de probat. n.* 23. *ac in leg.* 83. §. *Si post moram. ff. de verb. oblig. n.* 4. ibi: *Ponit privationem, ponit negationem.* Y â estas *No excediendo, ni passando*, q̃ importan condicion. *leg.* 45. *leg.* 47. *ff. de pact.* ê inducen forma; de suerte, que faltando â ella, se obra con nulidad, *L. Non dubium. Cod. de legib.* D. Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 13. *â num.* 30. Y assimismo â estas *Con tanto que no se exceda, ni passe.* que contienen limitacion para no poderse con efecto passar de allì; ad latè tradita per ipsum D. Salgad. *in labyr. part.* 2. *cap.* 9. *à num.* 70.

387. Item: La palabra *In quantum* es, y obra lo mismo, que el termino *Quatenus*, vt constat *in cap. Placet.* 12. *de convers. coniugator. leg.* 31. *leg.* 60. *ff. de cond. & demonst. dd. ll.* 45. & 47. *ff. de pact.* ac leg. 49. Eod. & gloss. ibi. *Quatenus, id est, in quantum*, y exponiendola assi Barbos. *claus.* 312. dize *num.* 2. ser *limitativa, seu restrictiva*: & egregiè, ac fusiùs Matienzo *leg.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 1. *num.* 16. ibi: *Dictio siquidem* Quatenus, *seu* In quantum, *est dictio restrictiva*, y su essencia averse de contener en lo expresso, y no passar de allì, ibi: *Vt ad expressa tantùm referatur, non ad alia.*

388. No solo ha procedido el Abogado contrario suprimiendo en ambos Informes esta clausula, ô por no averla visto, ô por reconocer no tenerle cuenta descubrirla, y mucho menos especularla, sino que se avrà observado, quàm repetidamente trae por principalissimo fundamento de su pretension sobre el particular de reditos *num.* 157. y otros de el primero, y *num.* 124. 149. 150. y 154. del segundo, la Executoria de el año de 1652. relacionada *numer.* 43. y 45. de el Memorial, dando por sentado, que en ella fueron condenados los frutos, y rentas de el Estado, no solo â la paga de los referidos 50ꝟ- ducados, sino tambien â la de los reditos, que se liquidassen aver corrido desde 27. de Marzo de 1637. en que falleciò el Duque Don Fernando, hasta la real paga: y la de aprobacion de la liquidacion relacionada *numer.* 47. de dicho Memorial.

389. Y tambien se avrà observado no aver executado en esto otra cosa que enunciarlo, sin passar â manifestar por

Mm me-

medio alguno, el que dichas Executorias tengan la inteligencia, que sobre este assumpto las ha querido dàr. Y que sin confessarselo nosotros hemos tratado de responderle â los demàs medios, de que se ha valido. Y siendo punto substancialissimo el hazer patente, que hasta en esto ha procedido no con menor equivocacion, conviene referir el contexto de ellas.

390. Y presuponiendo aver sido vnicamente contra bienes libres del Duque la graduacion, como consta de las sentencias f. 820. y 907. R. 2. lo que mandò la de vista, fue hazer en segundo lugar pago â el Marquès de Castel-Rodrigo, como â Successor de el Vinculo contenido en las capitulaciones, de 60ʉ- ducados, y de los reditos, que se liquidassen, dexandole sù derecho reservado, para que no pudiendo cobrar de dichos bienes libres los 50ʉ- de ellos, siguiesse su justicia cõtra frutos, y rentas de los del Estado. Y lo que hizo la de revista fue confirmarla, conque los 60ʉ-ducados fuessen 50ʉ- y la reserva contra el Estado fuesse por 40ʉ- *y no mas.*

391. Conque, lo que de esta determinacion sacamos, es, que aunque la Sala tuvo por acreedor de reditos â el Mayorazgo, fue considerando al mismo tiempo deberlos vnicamente los bienes libres de el Duque, y no aver tal obligacion en los de el Estado: como lo prueba, el que si â estos los huviesse considerado tambien deudores de dichos reditos, huviera dexado por ellos la misma reserva, que por el principal; y fue tan al contrario, q̃ aviendola hecho en vista por 50ʉ-ducados, y moderadola despues â 40ʉ- en revista, se puso la expresion, de que fuesse por estos, *y no mas.*

392. La liquidacion f. 911. fue de todos los creditos contra los bienes libres del Duque; y por lo tocante â el de Castel-Rodrigo, se contuvo en dàr punto fixo â los reditos corridos hasta 20. de Agosto de 1652. sin hazer mencion alguna, ni tampoco los autos de su aprobacion f. 951. y 953. en orden, â que el Estado fuesse el deudor de ellos.

393. De aqui se verà con quanto acierto se dixo Punto 3. del primer Informe, que el hecho mismo de aver la Sala denegado â el Marquès Antecessor por su auto de 6. de Noviembre de 1671. f. 532. R. 3. la execucion, que en fuerza de estas Executorias pidio por los reditos contra los frutos, y rentas del Estado en sus escritos f. 278. y 283. R. 3. y re-

la-

lacionado asſi todo f. *66. 70.* y *87.* del Memorial, demonſtraba, que no las tuvo por tales para con el Eſtado, pues â tenerlas era conſequente el mandarla deſpachar.

394. Y quàm arreglado fue el parecer de los q̃ entonzes defendierõ al Anteceſſor(ſegun queda fundado *n.263. 264.* y *265.* de eſte) en orden, â que de el citado auto no ſe ſuplicaſſe; pues conocieron que las referidas Executorias, fuera de no ſerlo contra el Eſtado, ſe reducian, quando mas â contener vna reſerva azia el Mayorazgo, y ſu Poſſeedor para que verificado eſtarſe debiendo aquel principal, y no hallarſe bienes libres del Duque, de donde cobrarle, huvieſſe de ſeguir ſu juſticia contra los de el Eſtado. Y de aver aſsimiſmo tenido preſente, que la Facultad para obligar ſus Rentas, y la fianza, que en ſu virtud hizo, avian ſido limitadas â los 40ȷȷ. ducados de parte de la dote, y 10ȷȷ. de las arras, y de ningun modo extenſivas â reditos de ellos.

395. En cuya atencion es bien eſtraña la inſtancia en orden â que ha de tenerla; y el quererlo perſuadir por el medio de parificar eſte caſo con el de alimentos debidos por el marido â ſu muger, y con el de la hypoteca, que ſe la concede para el augmento de la dote; y â que en realidad no debiamos ſatisfacer, eſtando tan averiguado lo extricto de la Facultad, y de la fianza al mencionado principal: y el hazerlo avrà de entenderſe con la proteſta de ſer, por que no ſe juzgue trataſſemos de eſcuſarnos â ello.

396. *Num. 165.* pondera por muy puntual, y propicia â ſu intento el Abogado de el Marquès la doctrina de el ſeñor Caſtillo *lib. 8. cap. 36.* §. 5. y noſotros por ex diametro opueſta, y contraria ſe la reproducimos; y con razon: pues en la eſpecie, que ſuſcita *num. 25.* *Vtrùm hypotheca tacita inducta à lege pro reſtitutione dotis in bonis mariti, competat etiam, ſive inducta cenſeatur pro alimentis, quæ maritus tenetur præſtare vxori, dum matrimonium durat?* aunque es verdad refiere algunos fundamentos, que parece inclinaban â reſponder affirmativè; tambien lo es, que apreciando *num. 28.* la impugnacion de Fachinèo *lib. 2. controv. cap. 23.* que los reputò tanquàm *ſomnia vigilantium*, y conformandoſe con ſu reſolucion, y la de Barboſa *part. 3. leg. 1. Solut. matrim. num. 28.* que ſiguiò â Bartulo, Baldo, Romano, Panormitano, Alexandro, Socino, Ripa, Gabriel, y otros, dixo en el verſ. *verè tamen*, ſer eſto

lo

lo mas cierto in iure, & in vsuforensi.

397. Y en quanto â la question, que tambien propone *num.* 5. y repite en el 16. *An scilicet Assensus, Regia Facultas, & obligatio bonorum pro dote extendatur, sive ex vi comprehensionis trahatur ad interesse, & annuos redditus::. donec ei,* (id est vxori) *restituta dos non fuerit?* aunque asimismo es verdad, que despues de aver referido infinitos, y autoridades muchas por la opinion negativa, dize en el 18. ser mas cierta, y de su aprobacion la afirmativa; es igualmente cierto, que en el 27. explica deberse entender esto con reglamento al contexto de el contrato, y de la Facultad, que le permite, y aprueba.

398. Si ergo se celebra de modo, que los intereses se radiquen en èl, porque en èl se capitularon, y la Facultad no los excluye, se extiende â ellos, aunque no los expresse: y la razon nace, de que siendo informado el Principe sobre aquella circunstancia, fue visto consentirlos eo ipso, que no los excluyò, como lo previno Luca en las yà copiadas palabras del *num.* 5. *discurs.* 10 *de Regalib. ibi: Ita vt absque dubio Princeps concedendo assensum, seu decretum, de illis cogitare potuerit, ac debuerit*: Y lo acreditan las siguientes, conque afirma cessar en tal caso el argumento, ô reparo, de que se obre contra su beneplacito, ibi: *Vnde cessat illud præcipuum contrariæ sententiæ fundamentum resultans ex cessante voluntate Principis concedentis assensum.*

399. Mas si se pidiò, y concediò, sin estàr capitulados, se considera tan limitada al principal, que de allì no passa: *Sed in nostro casu* (dize el señor Castillo *num.* 27.) *bona mariti limitativè censentur hypothecata pro dotis restitutione, & sic limitativè ratione sortis: ergo non debent censeri hypothecata pro alimentis, vel quo alio extra sortem.* Y aunque de aqui se inferìa aver de resolver lo proprio para con su fiador, no quiso omitir expressarlo, y asi continùa, *prout & fideiussor limitativè obligans se pro sorte, pro vsuris minimè censetur obligatus.* Imò potiori ratione dize aver de ser asi Merlino *de Pignor. lib.* 3. *tit.* 2. *quæst.* 51. *num.* 72. ibi: *Insuper materia fideiussoria est etiam stricti iuris, & interpretanda strictiori modo, quàm materia legalis hypothecæ ad favorem dotis introductæ.* Pegas *ad Ordin. tom.* 2 §. 40. *num.* 5. ibi: *Et vt minùs obliget, quàm fieri possit, intelligi debet.*

400. Bien estarìa esto, si se asintiera, â que por el hecho mismo de contenerse la fianza en cantidad determina-

da

da de principal, 100. v. g. sin mencionar reditos, se considerasse limitada; pero con estos mismos Authores ibi, y con Fachineo *lib.* 7. *cap.* 57. se nos replìca *num.* 168. y otros (â que iremos respondiendo) y siguientes de el papel contrario, no deberse entender assi mientras faltàre taxativa, que la coarte, y restrinja â ella.

401. Grande es la fuerza, que el Abogado de el Marquès explica hazerle este argumento; pero fue por aver caminado sin ver la preinserta clausula de la Facultad *num.* 385. que absolutamente le excluye: pues si como confiessa *num.* 177. y 178. y prueba con Merlino, Fachineo, Mauro, y Alvarez Pegas, *entonzes no esta obligado el fiador, quando â mas de la cierta summa ay la taxativa* TANTVM, DVNTAXAT, SOLVM, NON PLVS, *aut similia*, no solo divisivè, que bastarìa, sed imò verò collectivè, contiene estas, y otras muchas, la citada clausula, vt patet ex dictis.

402. At sin perjuyzio de esta verdad, y con protesta de no desampararla; demos que no las huviesse, y que la Facultad huviera contenidose en dezir, que se daba al Duque para hazer la fianza por los referidos 50ꝟ- ducados; adhuc avrìa de considerarse inextensible; respecto de que para serlo basta la expression, ô determinacion especifica de la suerte principal, como no se haga mencion de vsuras, segun que con la ley *Fideiussores Magistratuum in princip. & §. 1. ff. de fideiussor.* lo resuelve claramente Negusancio (citado por parte de el Marquès *num.* 164. de su segundo papel) *de pign. membr.* 1. *part.* 5. *num.* 10. ibi: *Quintò quæritur, an res hypothecata pro sorte, sit etiam hypothecata pro vsuris? & distinguendum est, quòd aut obligatio, & hypotheca fuit facta pro sorte specificè exprimendo certam quantitatem, puta* PRO CENTVM, *& tunc dicta obligatio non continet vsuras.*

403. Y aunque es verdad, que prosigue diziendo, que quando sobre obligacion, que en su instrumento contiene individual, y determinada suerte de debito, se haze la fianza *simplicitèr*, id est, sin mencionar, ô expressar en ella la tal cantidad, se debe entonzes considerar al fiador obligado â las vsuras; nada favorable al Marquès se saca de aquì: Lo vno, porque la del Duque no fue hecha en essa forma, sino con expression repetida de los 50ꝟ- ducados: y lo otro, porque no lo contrae â todo genero de obligaciones, sino â las que di-

manan de contratos, en cuya virtud por ser ex se fructiferos estaba el deudor principal obligado â ellas desde su otorgamiento: lo qual no succede en la obligacion, que sobre la restitucion de la dote haze el marido, como assi respondiendo à Negufancio lo advirtiò el señor Castillo *dict. lib.* 8. *cap.* 36. §. 5. *n.* 27. ibi: *Nam respondetur, quòd maritus ratione tacitæ hypothecæ non censetur bona simpliciter obligasse; sed potiùs limitativè pro restitutione dotis: & ideò neque pro vsuris, neque pro alimentis debet censeri illa obligasse.*

404. Y todo esto es resolver arreglados â la distincion, que con el Cardenal de Luca dexamos sentada *ex num.* 378. entre vsuras intrinsecas, que como efecto natural del contrato no pudieron ignorarse entonzes, y por esso el hecho de no excluirlas es visto comprehenderlas; y vsuras extrinsecas, que como accidentales, y que avia de ocasionarlas causa distinta, y muy posterior, no huvo precision de exceptuarlas.

405. *Y para que esto se vea mas claro* (dize el Defensor de el Marquès *num.* 166. de su segundo papel) son muy de el caso dos lugares de Marinis; y se lo confessamos, con la advertencia, de que lo son para desvanecimiento concluyente, y prompto de todo su alegato, y para comprobacion solidissima de quanto dexamos sentado desde el *num.* 346. respecto de que en ellos se halla assi recopilado.

406. Dos casos entra proponiendo Marinis *lib.* 1. *variar. resol. cap.* 76. El 1. Quando Pedro v.g. se obligò pagar 1U- â Juan al plazo de vn año, sin hazer mencion de intereses, ibi: *Vbi sors simpliciter in certo tempore solvi promittitur*; pero tuvo tal demora, que se causaron justamente, ibi: *Ac proinde ratione moræ peperit interesse.* Y preguntando si en concurso de otros acreedores posteriores, y conforme â la ley *Lutius Titius* 9. *ff. Qui pot. in pign. hab.* tendria Juan por ellos la misma prelacion, que por el principal, responde que no.

407. La razon es, porq̃ como no fue el contrato quien los produxo, â causa de ser ex se infructifero, y no estar capitulados, no traen su origen ab ipso contractu, nec â limine eius, ni le son por cõsiguiente naturales, ê intrinsecos; antes si por ser extrinsecos, y accidentales, como meramẽte ocasionados de la retardacion, y esta posterior, y accidental, cõponen por sì solos dichos intereses credito distinto, y tan separado de el principal, que para exigirlos no le compete â Juan la accion,

cion, que por este, sino el oficio de el Jüez. vt docet ipse Marinis *num.* 4. ibi: *Quod Iudicis officio petitur.*

408. El 2. Quando sin embargo de no capitular intereses, contuvo el instrumento la clausula, que de estilo suelen poner los Escrivanos de aquella Provincia, obligando al deudor, y sus bienes al cumplimiento de lo referido en el contrato, baxò la pena del duplo, ibi: *Et ad pœnam dupli.* que vt asserit ibi *num.* 7. *Aliud non producit nisi interesse, quod in obligationibus consideratur.*

409. Y presuponiendo, el que por estàr allì admitida la validacion, y fuerza de dicha clausula se entienden hechas las obligaciones *pro omnibus damnis, expensis, & interesse,* resuelve competerle la prelacion *non solùm pro sorte, sed etiam pro interesse*; y que esto es à causa de considerarse *specificè promissum,* y que por esso como intrinseco, y natural â diferencia del extrinseco, y accidental, que se pretende solo ob meram retardationem, *non Iudicis officio, sed iure actionis peti posse.*

410. Considerando Marinis poder succeder, que por ser vinculados los bienes obligados en este segundo caso, se ganasse Facultad Real, que aprobasse dicha obligacion, previene *num.* 8. se extenderia â los intereses, aunque no los expressasse, y que assi refiere Ponte *Consil.* 64. & 76. averlo muchas vezes decidido en essos terminos su Tribunal. Y siendo la razon de ello la misma, que con Luca, y el señor Salgado dexamos dada *num.* 381. y 398. sobre que entonzes obra el principe con ciencia de contenerlos el instrumento, cuya aprobacion se le pide, varìa notabilissimamente de la de nuestro pleyto, que se impetrò solo para vna fianza subsidiaria en contrato, donde ni estaban capitulados, ni ex se avia de producirlos: y assi se verifica ìr en todo Marinis consiguiente â lo mismo, que nosotros llevamos dicho.

411. Omitiendo el Abogado contrario estos, y otros casos, que refiere Marinis *num.* 9. recurre â los vltimos, que dicho Author trae, sacados de Camilo de Curte *part.* 2. *de feud. cap.* 5. Vno: Imposicion de censo, ibi: *Venditio annuorum redituum*: y otro de mutuo por tiempo determinado, ibi: *Certa pecuniarum quantitas mutuò data, certaque die restitui promissa.* Y por no averse hecho mencion de intereses en el vno, ni en el otro contrato, ibi: *Contrahentes nihil de interesse alloquuti fuere,* y ser vinculados los bienes, que con Facultad estaban obligados,

se

se dudò, *an existente debitore moroso posit esse super feudo obligato consultum, nom solùm pro sorte, sed etiam pro interesse?*

412. Advierte, que aunque esto debia denegarse conforme â las decisiones, y resoluciones, que traen Frecia *lib. 2. de feud. quæst. 20.* y Aflictis *in cap. Imperialem. de probibita feudor. alienat. notab.* 8. finaliza, no obstante, diziendo, aver determinado la Camara, deberse considerar comprehender dicha Facultad este caso. Ibi: *Attamen bene assensus hunc etiam casum comprehendat, addit, tutatum esse Camera,* que es como allì estàn las palabras, y no tan invertidas, y con el additamento *ad obligationem,* que se han trasladado *num. 166.* del papel contrario.

413. No expilca Marinis, sobre qual de los dos casos cayò aquella determinacion: conque debemos creer serìa sobre el de censo, por los fundamentos ya insinuados, de que siendo efecto natural suyo la produccion de los reditos, se consideran comprehendidos, cada que la Facultad no los excluye. Y el que esta sea la inteligencia de dicha resolucion se deduce bien del mismo Marinis; puesto que para comprobarla trae la doctrina de Paschalis *de virib. patr. potest. part. 2. cap. 7. num.* 44. 45. y 57. que vnicamente habla de contratos, y obligaciones, â que es intrinseco el cargo de intereses, segun se advirtiò *numer.* 349. 350. *y* 351. de este papel.

414. Ac dato, & non concesso, huviesse caido tambien sobre el debito del mutuo, quid ad rem, siendo tantas las circunstancias, que aqui resisten la extension? Vna: Facultad restricta por su naturaleza, vt notat ipse Marinis *d. num.* 9. ibi: *Assensus strictissimi iuris,* y por las infinitas limitaciones, conque fue circunstanciada, para que la fianza, que en su virtud se otorgasse, no excediera del principal, segun se ha probado *num.* 385. 386. y 387. Vna Executoria, que por averlo tenido asi presente no quiso mandarlos pagar â el Marquès Antecessor, que los pretendiò, como se demostrò con la exposicion de ella misma *à num.* 389. Vn lugar tan favorable, y copioso, como el del S. Larrea, y vna decision de su Senado celebrada, y seguida por numero infinito de Authores Regnicolas, y Estrangeros, y canonizada en la Sacra Rota, vt *num.* 344.

415. El segundo lugar, que nos cita, de Marinis, es en

el

el *lib. 2. cap. 166. num. 26.* Y nos detendremos poco en èl, â causa de no hablar de dote percibida por el marido; sino de la que â este le ofrecieron, y por defecto de cuya entrega quedaron los bienes vinculados de los dotantes obligados â el interusurio. Y como esta obligacion no es solo â favor suyo, sino tambien de la muger; inde est, que llegado el caso de que ella por sì pretenda la cobranza, se considère vno solo el credito, y con vna propria accion, ê hypoteca, y prelacion, vt ibi est videri, ac præcipuè *num.* 30. y en ello và conforme tambien â lo mismo, que dexamos dicho ex *num.* 351.

416. No es menos infeliz azia el intento del Marquès la equiparacion, de que asi como la hypoteca de la dote se extiende â el augmento de ella, deben las Facultades concedidas para obligar bienes mayorazgados â la suerte principal, y las obligaciones, y fianzas, que con reglamento â ellas se otorgan, extenderse tambien â reditos, que de aquel proprio principal se pretendan: puesto, que no solo no prueba semejante assumpto con el lugar, que aora trae de el señor Salgado *part.* 4. *Labyr. cap.* 2. sino que le es contrario como los demàs.

417. El augmento, â que este Author dize en sus dos primeras conclusiones *num.* 26. y 49. extenderse la hypoteca contraìda super re principali, es aquel, cuya vnion los concreta de modo, que quedan constituìdos vnicum, & idem corpus, taliter, quòd *hoc augmentum de per se subsistere non potest*; sicuti accidit in proveniente *â natura, puta per alluvionem, vel â natura rei, puta per consoldationem vsus fructus cum proprietate hypothecata.*

418. Y en este sentido procede asimismo Mieres *de maiorat. part.* 1. *quæst.* 10. para resolver la question, que allì toca, en orden â si la Facultad concedida para vincular predio, que al tiempo de la concession valìa solamente 1U- se extenderà â comprehender lo que al dicho predio huviere augmentadose en el intermedio de executarla; ibi *num.* 15. *Quod venit ad constituendum simpliciter vnum, & idem cum primo*; y lo aclara mas *num.* 25. citado por parte del Marquès en el 159. de su segundo papel, ibi: *Quod in vnitatem eiusdem rei, & sub eadem causa, & qualitate vnitur, vt de adiecto per alluvionem, vel subito fluminis impetu.*

419. Lo qual ya se vè, quanto dista de el de los reditos,

que vt toties repetitum manet, le forman por sì solos distinto, y separado; y assi el señor Larrea *dict. decis.* 37. tocando el argumento desta equiparacion *n.* 5. *y* 6. lo reitera para su respuesta *num.* 30. ibi: *Cùm enim obligatio sortis principalis comprehendatur Regia Facultate,quia eam recipit, qui pro dote se obligavit, vsuræ verùm ex mora, & culpa, quæ longè diversa ratio est, nec in Facultate aliqua mentio fieret interesse dotalis, meritò illud non comprehendit, vt accessorium, quando de per se potest attendì separatum.*

420. En la tercera conclusion *num.* 55. no dize el señor Salgado, como mal se sienta de contrario, que la hypoteca de la dote se extiende â el augmento de ella, ni que la de el augmento retrocede,ô se retrotrae â la de la dote; ni pudiera, â causa de que en los casos, que compete por el augmento (que no es siempre, vt docuit Vlpianus in leg. *Si ego.* §. *Cæterum. ff. de iur. dot. ac ibi glos. & fusiùs* D. Castillo *lib.* 4. *cap.* 40. *â num.* 46.) es distinta, ê independiente de la de la dote, y cada vna obra sus efectos respectivè al tiempo de su contraccion, como assi lo prueba *num.* 60.

421. Y por esso no solamente son preferidos los acreedores intermedios, sino que para no considerarse indotada la muger, y que con este pretexto no se rescindan las obligaciones otorgadas simul cum viro antes de sobrevenir dicho augmento, basta aya caudal, conque reintegrarla en la dote, que llevò al matrimonio, vt docent Fontanél. *de pact. nupt. tom.* 2. *claus.* 7. *glos.* 2. *part.* 6. *ex num.* 42. D. Larrea *allegat.* 35. *num.* 30. & ipse D. Salgado *part.* 2. *Labyr. cap.* 4. *num.* 81. assegurando en el 82. averse assi determinado en la Real Chanzilleria de Valladolid.

422. Lo que, pues, dize en la citada conclusion 3. es, que augmentandose la dote por nuevo contrato, que se celebre, aunque nada se diga en punto de hypoteca, le adquiere tacita; probandolo puntualmente con la *Anthentica de æqualit. dot.* §. *Aliud. collat.* 8. y con los demàs textos, que el Abogado contrario cita *num.* 155. 158. y 159. y esto se entiende para desde el dia de aquel contrato en adelante.

423. En muchas partes del referido capitulo 2. *part.* 4. lo advierte, y sienta assi D. Salgado; pero oigamosle especialmente *num.* 59. ibi: *Quoniam hypotheca, quæ datur dotis augmento, nova est, & noviter contracta, neque est illa met, quæ doti princi-*

pali

pali inducta erat iam, ita vt nec ista trahatur ad augmentum, nec concessa augmento trahitur retrò ad tempus dotis principalis, sed tantùm operatur, & habet effectum à tempore, quo ipsi coniuges præstiterunt consensum augmento dotis.

424. La quarta conclusion *num. 69.* se reduce, â que la hypoteca contraìda sobre bienes vinculados no se extiende â los que despues se le augmentaron por agregacion externa, y distinta de la que acaece naturalmente; ibi: *Ad augmentum bonorum maioratus antiqui post modum contingens facto hominis extranei aggregantis sua bona, quamtumvis sint vnita, & incorporata cum illis ex Facultate Regia hypothecatis, hypotheca hæc nullo modo protrahitur, nec extenditur.* Y la razon està, en que segun dize *num. 72. Est augmentum externum, & discretum de per se stans.*

425. Luego siendo desta calidad los reditos, que la parte del Marquès quiere se consideren agregados, ô augmentados â el credito principal de la dote, se prueba con doctrina de los Authores mismos, que tanto pondera favorecerle, que asi como la hypoteca contraìda por dicho principal sobre las rentas, y frutos de el Estado, no se extenderìa â la de tal augmento (aun quando le huviera, que se niega, y siempre se ha negado) tampoco la Facultad concedida para obligarlos â dicho principal pudo extenderse â la obligacion de tales reditos.

426. Y son finalmente puntualissimas para confirmacion de todo las palabras del proprio Mieres *num.* 14. en que advierte, que nunca las Facultades se extienden â cosas separadas del principal contenido en ellas; ibi: *dispensatio non extenditur ad consequutiva separabilia*: y las que con Alexandro *lib. 2. cons.* 178. *num.* 18. dexaba dichas *num. 6.* y repitiò despues D. Salgado *num. 86.* sobre que esto procede asi, maximè, quando de la extension resultarìa perjuyzio de tercero; ibi: *Quibus addere poteris, quòd augmentum numquàm sequitur naturam rei auctæ, quoties adest præiudicium tertii. Covarruv. pract. qq. cap. 2. num. 7. Matienz. in leg. 7. tit. 11. libr. 5. Recop.*

427. Y el que azia el Estado se solicita, no solo es grande, sino aun insuperable, pues se intenta, que la que à el Duque Don Fernando se concediò, para obligarle meramente como fiador subsidiario à la cantidad determinada de

soIJ-

5oŋ- ducados de principal, ſe extienda â mas de 25oŋ- quod abhorret ex omnibus ſuprà dictis, & etiam â Cyriaco *controv.* 212. *num.* 28. ibi: *Quia nec pro intereſſe, nec pro damnis ſe obligavit.* Et ita nobis videtur. Salvo &c. Sevilla, y Octubre 4. de 1723.

Lic. D. Luis Fernandez de Valenzuela. *Lic. D. Alonſo Begines de los Rios.* *Lic. D. Jacobo Sanchez Samaniego.*

Hiſpali præfatis die, menſe, & anno in FRANCISCI SANCHEZ RECIENTE, Typographi idiomatis Latini conſcii, Typographia in vico de la Sierpe.